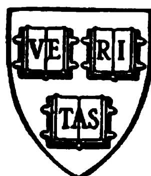

VE
RI
TAS

France

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR K.-S. ZACHARIÆ

TRADUIT DE L'ALLEMAND SUR LA CINQUIÈME ÉDITION.

ANNOTÉ ET RÉTABLI

SUIVANT L'ORDRE DU CODE NAPOLÉON

PAR MM.

G. MASSÉ,
JUGE AU TRIBUNAL DE REIMS.

CH. VERGÉ,
AVOCAT, DOCTEUR EN DROIT.

—

TOME PREMIER.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
5, RUE DES GRÈS-SORBONNE.

—

1854

LE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

TYPOGRAPHIE HENNUYER, RUE DU BOULEVARD, 7. BATIGNOLLES.
Boulevard extérieur de Paris.

LE

DROIT CIVIL FRANÇAIS

PAR K.-S. ZACHARIÆ

TRADUIT DE L'ALLEMAND SUR LA CINQUIÈME ÉDITION.

ANNOTÉ ET RÉTABLI

SUIVANT L'ORDRE DU CODE NAPOLÉON

PAR MM.

G. MASSÉ,
JUGE AU TRIBUNAL DE REIMS.

CH. VERGÉ,
AVOCAT, DOCTEUR EN DROIT.

—

TOME PREMIER.

PARIS
AUGUSTE DURAND, LIBRAIRE-ÉDITEUR,
5, RUE DES GRÈS-SORBONNE.

—

1854

PRÉFACE.

Nous offrons aujourd'hui au public une nouvelle traduction d'un ouvrage sur le droit civil français, écrit en allemand, *Handbuch des Franzœsischen Civilrechts*, par M. le professeur K. S. Zachariæ. Cinq éditions de ce livre, publiées en Allemagne, témoignent suffisamment de son mérite et de son utilité. Le succès obtenu par Zachariæ sur la rive droite du Rhin s'est trouvé confirmé en France par l'accueil que les jurisconsultes ont fait avec raison à la traduction de l'ouvrage de Zachariæ, publiée il y a quinze ans environ, par MM. Aubry et Rau, sur un plan et dans des conditions scientifiques qui diffèrent, comme on le verra bientôt, pour des raisons que nous devons expliquer, du plan et des conditions que nous avons cru convenable d'adopter.

Il est un fait que nous n'hésitons pas à proclamer à l'honneur de notre pays. La France semble hériter du privilége qui s'était attaché à la fortune de l'ancienne Rome. L'empire de ses lois a survécu à la puissance de ses armes, et le Code Napoléon, introduit dans plusieurs Etats avant 1814, par suite des événements militaires et politiques, est demeuré le droit commun des nations rendues à la libre disposition d'elles-mêmes. Depuis la paix, il s'est successivement naturalisé du nord au midi, dans les pays les plus divers de mœurs, d'habitudes, d'organisation sociale et politique. Quelle est donc la vertu

du Code Napoléon, et quelles sont les conditions qui lui ont assuré ce caractère d'universalité ?

On se tromperait étrangement si l'on attribuait au dix-neuvième siècle toute la gloire qui doit s'attacher à la rédaction définitive du Code Napoléon. Tous les hommes d'Etat illustres, rois ou ministres, qui, dans le cours des âges, ont gouverné la France, ont laissé des traces de leur passage dans notre droit civil. Il suffit de citer Charlemagne, saint Louis, Richelieu, Louis XIV. La science, à son tour, a rivalisé d'efforts, et chaque siècle, depuis la renaissance des lettres jusqu'à la Révolution de 1789, est marqué par des noms immortels, comme ceux de Cujas, de Dumoulin, de L'Hospital, de Domat, de d'Aguesseau, de Pothier. Aussi est-il permis d'affirmer que, grâce à eux, les travaux préparatoires d'un droit civil nouveau étaient accomplis, au moment où les changements opérés dans l'ordre politique appelèrent dans l'ordre civil les changements qui devaient en être la conséquence. Lorsque, après dix années de troubles intérieurs et de guerres lointaines, il fut donné au génie organisateur du premier Consul de fixer les principes du droit nouveau qui devait désormais régir la France, quelques mois suffirent à la réalisation de sa volonté.

Le Code civil a consacré et organisé avec sagesse, comme le dit M. Laferrière dans son *Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution française*, les principes naturels de la famille, de la propriété et de l'hérédité. Il a eu, suivant nous, le rare mérite, tout en restant fidèle aux principes de la morale naturelle, de la grande et saine philosophie, en plaçant l'intérêt social au-dessus de l'intérêt politique, de donner

satisfaction aux nécessités du présent et de respecter les traditions du passé. D'une part, il consacre la transaction entre l'esprit des coutumes et du droit romain ; de l'autre, il emprunte son originalité aux principes de la Révolution, mais sans accepter ce qu'ils présentent de fâcheux et d'excessif dans le droit intermédiaire. C'est ainsi que, pour les personnes, il ne porte plus atteinte à la dignité du mariage en offrant le divorce à toutes les ondulations de l'inconstance et du désordre, qu'il n'humilie pas l'état des enfants légitimes en leur assimilant les enfants naturels. Des principes nouveaux, il conserve ce qu'il y a de bien : il maintient la suppression de la servitude personnelle de mainmorte et des corvées, des droits féodaux, régaliens et canoniques, qui pesaient sur les citoyens ; il consacre de nouveau la séparation du principe civil et du principe religieux ; il distingue dans le mariage le contrat du sacrement ; il persiste dans la sécularisation des actes de l'état civil.

La liberté et l'égalité dans l'ordre de la société civile étaient des bienfaits nouveaux. Le Code les fait encore prévaloir pour la propriété, pour les successions, pour les contrats et pour les divers moyens d'acquérir. Le sol est affranchi, le droit d'aînesse et de masculinité supprimé, l'égalité des partages assurée, le droit de tester consacré. C'était pour la nation, après tant de siècles d'inégalité et d'infériorité, arriver à l'unité sociale. Aussi, tandis que sous nos yeux, à la suite de convulsions et d'épreuves sans exemple dans l'histoire, les peuples et les chefs d'Etats sont incertains sur les formes politiques à préférer, républiques ou monarchies, monarchies absolues ou tempérées, n'est-il pas curieux et digne de

méditation de voir les lois civiles formulées dans le Code Napoléon, apparaître dans le monde comme la raison écrite, et continuer incessamment leurs pacifiques conquêtes?

L'intelligence du plan suivi par notre auteur demande une certaine attention. Zachariæ divise le droit civil français en droit théorique et en droit pratique : le droit théorique est, suivant lui, celui qui détermine les droits des hommes les uns vis-à-vis des autres; le droit pratique comprend la poursuite de ces droits, c'est-à-dire les moyens de les faire valoir ou les formes de procéder, en d'autres termes, les actions et les exceptions, et la prescription extinctive.

Le droit civil théorique se décompose lui-même en plusieurs parties, dont l'exposition est précédée dans son ouvrage de notions générales sur la jurisprudence, sur le droit et ses différentes espèces, sur les sources du droit français, sur ses divisions, sur l'histoire de nos différents Codes, sur la force obligatoire des lois, sur leur interprétation, soit publique, soit privée, enfin sur les sciences auxiliaires de l'étude du droit.

Deux divisions principales embrassent les matières du droit civil théorique.

Dans la première, Zachariæ traite de l'état civil; dans la seconde, des droits civils considérés sous le rapport des objets auxquels ils s'appliquent.

La première partie comprend des considérations sur l'état civil des Français, sur les personnes physiques et

sur les personnes morales, et les droits civils de ces dernières, sur l'état politique et sur l'état civil des hommes, et sur les actes de l'état civil. Elle correspond aux titres 1, 2, 3, 4, 10 et 11 du livre Ier du *Code Napoléon*, et se subdivise elle-même de la manière suivante :

1° Des diverses manières d'acquérir l'état civil, c'est-à-dire des Français par naissance et par naturalisation ;

2° Des droits de l'état civil ;

3° Des différences physiques qui distinguent les hommes, relativement à l'état civil, au point de vue de la naissance, de la filiation, de l'âge, de la santé, et, par suite, de la tutelle des mineurs, de la tutelle des interdits, de la curatelle, et du conseil judiciaire ;

4° Des rapports de lieux des hommes entre eux au point de vue de leur influence sur l'état civil, c'est-à-dire du domicile et de l'absence ;

5° Enfin, des différentes manières dont l'état civil s'éteint ou se perd, c'est-à-dire de la perte absolue de l'état civil, de la perte de la qualité de Français, de la perte de tous les droits civils, ou d'une partie de ces droits, pour un temps ou à toujours.

Dans la seconde partie, Zachariæ traite des droits qui peuvent appartenir à une personne sur les objets du monde extérieur, soit qu'on les envisage isolément, soit qu'on les considère comme faisant partie d'une universalité juridique. De là une subdivision.

Les objets du monde extérieur, considérés dans leur individualité, sont des choses ou des personnes. De là, des droits réels et des droits personnels.

Dans les droits réels sont compris la propriété, les ser-

vitudes personnelles et les servitudes réelles, les priviléges et les hypothèques.

Quant aux droits personnels, il importe de distinguer entre ceux qui n'entraînent qu'une prestation quelconque de la part d'une personne au profit d'une autre, et ceux qui impliquent l'idée d'une puissance d'une personne sur une autre personne. De là, les obligations et les droits de puissance maritale et paternelle.

Sous la rubrique des droits personnels de la première espèce sont compris les obligations et les divers contrats consacrés par le Code Napoléon, excepté le contrat de mariage, et les règles relatives à la preuve des obligations, c'est-à-dire les titres 3, 4, 6 à 17 du troisième livre.

Sous la rubrique des droits personnels de la deuxième espèce apparaît le mariage, soit comme rapport personnel entre les époux, soit comme rapport de leurs biens, et, par suite, les règles relatives à la communauté, au régime dotal; les droits des père et mère, en d'autres termes, les règles relatives à la paternité, à la filiation, à l'adoption, à la tutelle officieuse et à la puissance paternelle.

Le second livre, dans lequel on considère l'objet des droits de l'homme comme faisant partie d'une universalité juridique, donne également lieu à deux divisions.

La première comprend les biens en général, c'est-à-dire le patrimoine, et notamment la saisie, la contrainte par corps, la séparation de biens et l'expropriation forcée; la seconde, l'acquisition du patrimoine d'une personne décédée, c'est-à-dire les successions, les testaments et les donations.

Sous l'expression de droit civil pratique, Zachariæ n'a compris que la théorie des actions, celle des preuves et celle de la prescription extinctive; il a laissé en dehors la procédure proprement dite.

Tels sont en substance le plan et les divisions adoptées par Zachariæ, dans la disposition des différentes matières qui composent le Code Napoléon. Il serait superflu d'en rechercher la valeur scientifique. Bien qu'il manque de clarté, nous ne nous refusons pas à croire que ce plan et ces divisions peuvent avoir, en Allemagne, leur mérite et leur utilité. Le droit civil français est souvent enseigné dans les Universités allemandes, comme raison écrite, ou partiellement, c'est-à-dire dans quelques-unes de ses théories. Les professeurs titulaires, et surtout les *Privat-docenten*, qui forment, comme on sait, la pépinière du professorat, ouvrent des cours sur les successions, sur les obligations, sur les hypothèques, etc. Dans ces deux cas, il importe peu aux auditeurs que l'ordre du Code Napoléon soit suivi ou qu'il soit remplacé par une distribution arbitraire des matières. En France, il ne peut en être ainsi. Dans les écoles, devant les tribunaux, dans les habitudes mêmes de la vie, le Code Napoléon est étudié, invoqué, interrogé en suivant l'ordre de ses articles. D'ailleurs, les divisions adoptées par ses rédacteurs n'ont-elles d'autre justification que l'usage? Evidemment non. Le droit romain leur a servi de précédent et de modèle. Gaïus disait : *Omne jus quo utimur vel ad personas, vel ad res, vel ad actiones pertinet*. Les rédacteurs du Code ont suivi, en la modifiant toutefois, la division de Gaïus, reproduite par Justinien dans ses Institutes. Ils ont traité :

dans le premier livre, *des Personnes;* dans le second, *des Biens et des différentes Modifications de la propriété;* dans le troisième, *des différentes Manières dont on acquiert la propriété.* Cette division est simple et vraie; elle n'est que l'expression des rapports du monde matériel : l'homme ou les personnes; les biens, la propriété, et la relation entre les personnes et les biens, ou les modes d'acquisition.

Malgré les raisons que nous venons d'exposer et dont la valeur nous semble incontestable, peut-être eussions-nous hésité à rétablir l'ordre du Code Napoléon dans la traduction de Zachariæ, s'il en était résulté une altération grave dans son ouvrage. Mais, grâce à la division en paragraphes, ce travail s'est opéré très-facilement, et nous ajouterons même très-naturellement. Quand il nous est arrivé d'entrer dans des explications personnelles, nous les avons distinguées du texte de notre auteur par des signes typographiques, qui assureront à chacun la responsabilité de ses doctrines. De plus, un tableau synoptique, qui sera joint au quatrième volume, permettra au lecteur de suivre les divisions dont nous venons de présenter l'analyse.

L'ouvrage de Zachariæ se compose de deux parties distinctes : d'une partie purement doctrinale, où chaque matière est exposée dans ses principes généraux et dans ses déductions immédiates, avec une puissance de logique incontestable; et de notes dans lesquelles il complète l'expression de son opinion, expose celle des jurisconsultes qui ont écrit sur chaque matière, et fait

connaître la jurisprudence de la Cour de cassation et des Cours d'appel sur les questions traitées. Cette seconde partie de l'ouvrage de notre auteur laissait beaucoup à désirer. Nous avons fait notre premier travail sur la quatrième édition, publiée en Allemagne en 1837, du vivant de l'auteur. Il était indispensable, et on le comprendra facilement, de compléter et quelquefois de rectifier ces notes : nous nous sommes donc livrés à un travail personnel très-étendu. Nous avons éliminé quelquefois, et plus souvent ajouté dans des proportions considérables, mais toujours en distinguant par des signes typographiques nos notes des notes de Zachariæ, et en respectant ses opinions. Si l'on remarque dans le cours de l'ouvrage des différences notables entre la première traduction et la traduction nouvelle, il faut les attribuer soit aux variations successives qui peuvent se rencontrer dans les diverses éditions de Zachariæ, soit aux modifications que les premiers traducteurs se sont crus sans doute autorisés à y apporter. La nécessité des nombreuses additions que nous avons faites était si apparente que, dans la cinquième édition récemment publiée à Heidelberg, que nous avons sous les yeux en écrivant ces lignes et dont nous avons aussi tenu compte, des notes considérables, que nous avons le regret de n'avoir pu mettre à profit, ont été ajoutées aux notes de Zachariæ par M. Anschütz, *Privat-docent* attaché à l'Université de Bonn, dans la Prusse rhénane.

Dans cette nouvelle traduction du *Manuel du droit civil* de Zachariæ et dans les notes qui l'accompagnent,

nous n'avons pas eu la prétention de placer notre ouvrage sur la même ligne que les œuvres des jurisconsultes éminents qui depuis quelques années ont restauré en France le goût et l'étude de la jurisprudence, en éclairant les aridités du droit du double flambeau de la philosophie et de l'histoire. Notre ambition a été plus modeste. Il nous suffira d'avoir fait, dans les conditions que nous avons exposées, de l'ouvrage de Zachariæ un livre d'une utilité générale, qui, par sa concision et sa clarté, doit convenir aux jeunes gens qui se préparent dans nos écoles à l'étude et à la connaissance de la jurisprudence; aux hommes engagés dans la pratique des affaires comme officiers ministériels, comme avocats, comme magistrats; aux gens du monde souvent placés dans la nécessité de connaître la loi, et pour lesquels elle est une lettre mystérieuse dont la clef et la connaissance semblent jusqu'à ce jour, comme dans l'antiquité romaine, réservées à un certain nombre de privilégiés.

A ces divers titres, nous avons la conscience d'avoir consacré nos soins et nos veilles à une chose utile. On ne saurait trop, dans les sociétés modernes, populariser le sentiment et l'intelligence du droit. Éclairer chacun de nous sur ses droits et sur ses devoirs, c'est préparer à la société de bons citoyens.

INTRODUCTION HISTORIQUE

AU

DROIT CIVIL FRANÇAIS[1].

Le droit romain[2], qui s'était établi dans les Gaules à la suite de la conquête, s'y maintint jusqu'au moment où la grande invasion des peuples du Nord, en mettant fin à la domination romaine dans cette contrée, comme sur d'autres points du monde, amena la formation de plusieurs Etats par des tribus d'origine germanique, telles que les Francs, les Goths, les Bourguignons. Le droit romain subit alors, dans les Gaules, les mêmes vicissitudes que dans les divers Etats fondés successivement par des peuples d'origine germanique, avec les débris des provinces de l'empire ; cependant, les Romains, anciens habitants des Gaules, et notamment le clergé, dont les membres, longtemps encore après la conquête, se recrutèrent parmi eux, restèrent soumis aux *lois romaines*, tandis que les conquérants étaient jugés d'après leurs lois nationales, c'est-à-dire d'après le droit germanique, en vertu de cette règle : *quemlibet suâ lege vivere*. Un pareil état de choses s'explique d'autant plus facilement, qu'à cette époque personne n'avait l'idée d'une loi générale étendant son empire sur tout le territoire, sans acception des individus : les conquérants n'avaient même pas alors la notion politique du territoire.

[1] [Nous avons cru devoir conserver et placer en tête de l'ouvrage ces notions générales sur l'histoire du droit français. qui, dans Zachariæ, sont mêlées à ses explications préliminaires.] — Il est d'usage parmi les jurisconsultes modernes de diviser le droit français en plusieurs périodes : le droit ancien, c'est-à-dire le droit antérieur à la Révolution ; le droit intermédiaire, c'est-à-dire le droit en vigueur de 1789 jusqu'à la promulgation des Codes ; le droit nouveau, c'est-à-dire le droit postérieur à cette promulgation. Une histoire du droit ancien se divise elle-même en plusieurs périodes.

[2] [V. sur le droit des Gaulois et sur sa persistance après la conquête romaine, Laferrière, *Histoire du droit français*, 2, *passim* ; et Giraud, *Essai sur l'histoire du droit français*, 1, p. 15.]

Pendant plusieurs siècles, les lois nationales des conquérants ne se conservèrent que par la tradition; plus tard, elles furent successivement rédigées par écrit : *lex Saliorum*, — *Ripuariorum*, — *Burgundionum*, — *Wisigothorum*[3].

Le droit romain, cependant, n'échappa point à l'influence de l'invasion germanique, et les monuments de ce droit, que les conquérants avaient trouvés dans les Etats de formation nouvelle, subirent de notables changements. Ils furent promulgués par eux avec des additions, comme lois royales applicables aux Romains : *Breviarium Alaricianum*, *lex romana Burgundionum*.

D'un autre côté, des lois, *leges*, *pacta*, et des ordonnances royales, *capitularia*, ainsi nommées à raison de leur division en chapitres et en articles, furent rendues, notamment dans l'empire des Francs. Les premières impliquaient le consentement de la nation; les secondes émanaient des rois seuls[4]. Ces lois et ces ordonnances ne concernaient, d'habitude, que la constitution de l'Etat, l'Eglise, le régime féodal, la police ; elles ne s'occupaient qu'exceptionnellement du droit civil, et au point de vue des distinctions de nationalité.

C'est ainsi que dans les Gaules, immédiatement après la conquête de cette province par des peuples d'origine germanique, et dans l'empire des Francs, après que ce peuple eut étendu sa

[3] [L'énumération faite ici par Zachariæ n'est que démonstrative; les principales lois barbares sont au nombre de onze : la loi salique, *pactus legis salicæ*, qui paraît dater de la fin du cinquième siècle; la loi des Ripuaires, de 511 à 534; la loi des Allemands, de 613 à 628; la loi des Bavarois,, de 622 à 638; la loi des Bourguignons, qui remonte aux cinquième et sixième siècles; la loi des Frisons, qui date de la fin du huitième siècle ; la loi des Saxons, rédigée comme la précédente par les ordres de Charlemagne; la loi des Thuringiens, rédigée en même temps que celle des Frisons et des Saxons; la loi des Visigoths, rédigée, suivant quelques auteurs, dès le cinquième siècle, suivant d'autres, à la fin du septième seulement ; la loi des Lombards, de 643; la loi des Anglo-Saxons, de 591 à 604.—Les lois barbares sont réunies dans les recueils suivants : Canciani, *Barbarorum leges antiquæ*, etc., Venet., 1781-1792; Du Tillet, *Aurei venerandæque antiquit. libelli*, etc., Paris., 1573; Georgisch, *Corpus juris germ. antiq.*, etc., Halæ, 1738; Herold, *Originum ac germanic. antiquit. libri*, etc., Paris., 1557; Lindenbrog, *Codex legum antiquarum*, etc., Francof., 1613; Walter, *Corpus jur. germ. antiq.*, Berolini, 1824.]

[4] [Cette distinction n'est pas à l'abri de la critique, du moins en ce qui concerne la différence des lois et des capitulaires] V. du reste sur la différence des lois et des capitulaires, Savigny, *Hist. du dr. romain*, traduite par Guenoux, 1, p. 129, et Fleury, *Histoire du droit français*, XII.

domination sur toute l'ancienne surface des Gaules, deux droits civils entièrement distincts, le droit romain et les coutumes nationales des conquérants, diverses suivant les races, mais ayant toutes, en général, la même origine, existaient l'un à côté de l'autre.

Dans le principe, le domaine de chaque législation n'était pas déterminé par une délimitation géographique, mais seulement par des distinctions de nationalité. Bientôt cette démarcation se changea en une délimitation géographique. On voit déjà, dans les capitulaires des rois de la seconde race, apparaître distinctement la division de la France en pays de droit écrit et en pays de droit coutumier[5], division qui a formé la base essentielle du droit civil en France jusqu'à la révolution de 1789. Cette transformation était d'ailleurs inévitable : le droit romain et le droit germanique ne pouvaient se maintenir l'un à côté de l'autre dans les conditions primitives, quand, avec le temps et la fusion des races, il devint impossible de distinguer le Romain du Franc. De là une incertitude et une confusion qui devaient avoir un terme : ce terme se trouva tout naturellement dans le partage de la France entre le droit romain, qui prédomina dans plusieurs provinces, et le droit germanique ou coutumier, dans les autres[6].

Diverses causes favorisèrent d'ailleurs cette sorte de cantonnement respectif des deux législations. Celles que nous allons indiquer amenèrent le maintien et la domination exclusive du droit romain dans une partie de la France, et du droit germanique dans l'autre partie. La Gaule méridionale paraît, à l'époque où elle fut conquise par des peuples germaniques, avoir été beaucoup plus peuplée que la Gaule septentrionale[7]. Dans le Midi, les Romains formaient, après la conquête, la majorité des habitants. C'est là que leur domination persista plus long-

[5] V. Caroli II *Edictum Pistense*, anno 864 (Pertz, leg. III, 491; Baluz., II, 173), cap. 13, 31, et une décrétale de 1220, c. 28. X; *De privilegiis*, V, 33.

[6] [Relativement à l'influence de la féodalité sur la transformation des lois personnelles des barbares en coutumes territoriales, V. Fleury, *Histoire du droit français*, XIX, XXII et XXIII; Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch 9 et 10.]

[7] V. Tacite, *Ann.*, XIII, 54, 55.

temps, et que leur civilisation avait jeté les racines les plus profondes. Aussi les habitants de la France méridionale, et particulièrement les Goths, continuèrent-ils à entretenir des relations très-étroites avec l'Italie. Il en résulta que dans ces provinces le droit romain conserva la prépondérance, tandis que dans celles du Nord et de l'Est, le droit germanique prit le dessus.

Dans les pays de droit écrit, le droit romain avait le caractère et l'autorité d'un droit positif, soit en vertu de la tradition, *ex usu fori*, soit par suite d'une déclaration formelle consignée dans des lettres-patentes. Dans l'origine, le droit romain des provinces méridionales de la France n'était point le droit romain de Justinien[8], dont la promulgation est postérieure au renversement de la domination romaine dans les Gaules. Mais lorsque, plus tard, au douzième siècle, l'étude scientifique du droit romain se fut ranimée dans l'Europe occidentale, surtout en Italie et en France, les cours ouverts dans les Universités et l'enseignement du droit portèrent exclusivement sur le droit romain de Justinien. Le corps de droit de cet empereur remplaça alors presque partout, même en France, dans la pratique des tribunaux, les lois romaines plus anciennes, et notamment le bréviaire d'Alaric. Cependant la question de savoir lequel des deux, du droit de Justinien ou du droit romain antérieur, se trouvait réellement en vigueur, continua d'être controversée dans les pays de droit écrit. Des lettres-patentes la décidèrent en faveur du droit de Justinien ; mais elles ne s'appliquaient qu'à quelques provinces seulement, au Dauphiné, à la Provence, au Languedoc, à la Gascogne, au Lyonnais et à l'Auvergne[9].

Dans les pays de droit coutumier, dont la réunion formait la majeure partie du territoire Franc, plusieurs coutumes sortirent

[8] [Mais le Code théodosien, avec ses appendices les Codes grégorien et hermogénien, les Institutes de Gaïus, les Novelles de divers empereurs, les Sentences de Paul, etc...]

[9] [Ces lettres-patentes déterminaient la force obligatoire du droit romain en lui-même, plutôt qu'elles ne décidaient le point de savoir lequel devait l'emporter du droit de Justinien ou du droit romain antérieur. Sur cette dernière question, on suivait la jurisprudence de chaque Parlement.]

avec le temps des lois nationales primitives d'origine germanique, comme la loi des Saliens et la loi des Ripuaires. Bien que dans la suite ces lois, et les ordonnances royales de l'ancien temps, fussent tombées soit en oubli à cause de la rareté des chartes qui les contenaient et de l'ignorance de la langue latine employée dans ces documents, soit en désuétude par suite de la décadence du pouvoir royal et des changements que le temps avait apportés dans l'état social; cependant les coutumes n'en restèrent pas moins fidèles à l'esprit des anciennes législations nationales.

Comme toutes ces coutumes étaient le produit de ces anciennes législations, des rapports et des besoins de la société, elles se rencontraient toutes dans certains points fondamentaux qui leur donnaient un caractère commun, et elles avaient toutes, en quelque sorte, le type germanique [10]. Voici quels étaient les traits caractéristiques qu'on y remarquait dès l'origine et qui s'y conservèrent [11]. Chaque famille formait en quelque sorte un corps politique distinct. Aussi la fortune individuelle des membres de la famille, notamment les immeubles, constituaient-ils en même temps le bien commun de toute la race. Il s'ensuivit que tous les membres de la famille, à l'instar des membres d'une seule et même communauté, se trouvaient dans des rapports mutuels tels qu'il en résultait comme une ligue offensive et défensive contre les tiers. De là le talion, le droit de la famille de demander la composition lorsqu'un de ses membres avait été tué ou blessé, l'obligation pour elle de payer la composition lorsque le coupable était un des siens. A son tour la communauté nationale était une association politique formée de toutes ces petites communautés particulières, une ligue contre les ennemis du dehors, destinée à assurer le maintien du droit des familles prises individuellement. Toutefois ce droit de la famille ne constituait que le droit des

[10] [V. Dumoulin, *Oratio de concordiâ et unione consuetudinum Franciæ*; Pardessus, *Mémoire sur l'origine du droit coutumier*, dans les Mémoires de l'Académie des inscriptions, t. X, p. 676.]

[11] [Notre auteur est peut-être trop affirmatif sur ce point : les Coutumes ne conservèrent pas dans sa pureté l'organisation de la famille germanique.]

races libres ou nobles, de même que la communauté nationale n'était composée que des hommes libres de la nation. Pour être rangé dans l'état des hommes libres, il ne suffisait pas de n'avoir d'autre obligation de service qu'envers la communauté, ou que le service militaire envers le seigneur : pour être un homme libre d'après les idées et dans le sens des rapports économiques de l'époque, il fallait posséder en outre une terre franche de toutes corvées et redevances. Les tenanciers établis sur la terre ou le fonds d'autrui appartenaient à la condition des hommes non libres, condition qui, elle-même, admettait des gradations multiples déterminées par des conventions. Ils étaient représentés dans la communauté nationale par le seigneur du domaine. Ainsi la société politique était en même temps une association réelle, c'est-à-dire une association des propriétaires fonciers, ou plus exactement des seigneurs territoriaux du pays; car la possession de biens fonds exempts de corvées et de redevances ne se bornait pas à des droits de propriété, mais impliquait aussi certains droits de souveraineté. C'est, du reste, une particularité remarquable de l'ancien droit germanique, que tant de rapports juridiques y aient été en quelque sorte attachés au sol [12].

Cette idée que les anciennes communautés nationales des peuples germaniques étaient des associations formées par les seigneurs terriens du pays entre eux, ne repose point sur une simple supposition ; elle peut se justifier même par des preuves directes. Il était, en effet, reçu chez les Francs, comme chez d'autres peuples germaniques, que tout homme qui arrivait à la possession d'un bien-fonds ne pouvait transformer cette possession en droit que par une investiture, c'est-à-dire par une déclaration solennelle faite au nom de la communauté nationale, portant que la seigneurie de la terre devait lui être conférée en échange de l'accomplissement des devoirs envers l'association [13]. Il est évident

[12] [Ce point de vue de Zachariæ a cours en Allemagne : il a peut-être le défaut de reporter à une époque trop lointaine des faits sociaux qui ne se sont manifestés que plus tard.]

[13] Cette investiture (*investitura allo-*

que cette tradition impliquait formellement l'existence d'un traité d'association fédérale ou politique avec chaque seigneur de domaine, au moment de son admission.

Le droit d'après lequel la terre avait été originairement possédée dans l'empire des Francs, et, par suite, la constitution politique subirent une modification essentielle quand les institutions féodales furent systématiquement introduites par les rois de la seconde race[15]. Il est vrai que dans sa forme le système féodal se rattachait immédiatement à la constitution qui avait été jusque-là en vigueur; les vassaux obtinrent même la concession des terres qui *leur étaient* conférées en raison de leurs services, par l'investiture féodale; la nature et le but de cette investiture restèrent les mêmes; les devoirs des vassaux ne changèrent pas sensiblement et furent à peu près les mêmes que ceux des hommes que leur condition obligeait auparavant à la défense du pays. Mais le suzerain n'était plus le même; le roi avait pris la place de la communauté nationale. Le but du système était de procurer au principe monarchique, au moyen de l'établissement d'une aristocratie, la prépondérance sur la démocratie. Le lien politique se fondait, il est vrai, comme auparavant sur un contrat; mais ce contrat *n'était plus* formé entre les mêmes parties. Dès lors il y eut en France deux régimes coexistants, le droit féodal et le droit territorial, l'un pour les fiefs, l'autre pour les biens allodiaux, quoique la domination de l'un ou de l'autre fût plus

dialis, qu'il ne faut pas confondre avec l'*investitura feudalis*, qui est d'une date plus récente) paraît avoir été d'abord pratiquée par les peuples d'origine germanique. Elle s'est conservée en France dans les provinces du nord, c'est-à-dire dans les provinces les plus anciennement occupées par les Francs, jusqu'à la Révolution. V. Merlin, *Rép.*, v° *Nantissement*, et les autorités indiquées dans cet article. Si dans les autres pays de droit coutumier elle tomba en désuétude, il y a peut-être lieu de croire qu'elle y était de bonne heure déjà conférée par le roi, et que l'investiture féodale s'y substitua complétement dès cette époque.

[15] On trouvera dans Merlin, *Rép.*, v° *Fief*, les opinions principales que les historiens français ont émises au sujet de l'origine des fiefs. Je n'ai pu qu'indiquer ici la mienne propre. [V. relativement aux divers systèmes émis sur l'origine des fiefs, Montesquieu, *Esprit des lois*; Mably, *Observations sur l'histoire de France*; Ancillon, *Tableau des révolutions de l'Europe*; Guizot, *Essais sur l'histoire de France*; Esbach, *Cours d'introduction générale à l'étude du droit*, p. 255; Portalis, *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, 18, p. 171; Laferrière, *Histoire des principes, des institutions et des lois, pendant la révolution française*, p. 115 et s., p. 141 et s.]

ou moins étendue, selon les provinces. La présomption légale, *nulle terre sans seigneur*, ne s'appliquait qu'aux pays de droit coutumier, et, dans ceux-ci même, son application était soumise à quelques restrictions[16].

La distinction qui précède ne fut pas atteinte par la formation des communes. L'organisation municipale reposait sur des franchises royales particulières[17]. Le droit des communes s'établit et se développa partout sous l'influence du droit déjà antérieurement en vigueur dans le territoire où elles se formaient. Il eut même une influence marquée, dans les pays de droit coutumier, sur le perfectionnement de l'ancien droit germanique, comme, par exemple, dans le régime de la communauté de biens entre époux, dont on trouve des traces dans les plus anciennes lois des peuples germaniques chez lesquels il existait entre conjoints une certaine communauté de biens ou du moins la communauté des acquêts: le mariage était en effet un lien, non-seulement entre les époux, mais encore entre leurs familles. Dans les communes, la communauté de biens entre conjoints fut favorisée par des causes économiques.

Au commencement, les coutumes ne se formaient et ne se transmettaient que par la tradition orale ou par la pratique des tribunaux. Mais quand elles devinrent plus complètes et plus précises, elles furent peu à peu écrites par ordre des tribunaux ou par les soins des particuliers. Enfin le roi Charles VII, sur l'invitation des Etats du royaume, ordonna, par l'art. 125 de l'ordonnance de Tours, du mois d'avril 1452, de faire des collections officielles de ces divers droits coutumiers, collections qui, confirmées par le roi avec l'assentiment des Etats[18],

[16] Merlin, *Rép.*, v° *Franc-alleu*. On y trouve une nouvelle preuve de cette opinion que la féodalité n'était pas une institution entièrement nouvelle, mais seulement une transformation ou une réforme de l'ancienne Constitution.

[17] Dufey, *Histoire des Communes de France et de la législation municipale, depuis la fin de l'onzième siècle jusqu'à nos jours*, 1828; Raynouard, *Histoire du droit municipal en France sous la domination romaine et sous les trois dynasties*, 1829, 2 vol.; Dupin, *Histoire de l'administration locale en France*, 1829.

[18] V. Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, 11, p. 457, note de l'éditeur. [Le recueil des Coutumes le plus étendu, sans être complet, est celui de Bourdot de Richebourg, Paris, 1724, t. 8, in-folio.]

devaient avoir force de loi chacune dans son ressort particulier. Ce sont ces collections, rédigées par ordre du roi et sanctionnées par lui, que l'on nomme coutume, dans le sens spécial du mot. Des lettres-patentes du même roi, du 26 août 1459, confirmèrent ensuite la coutume de Bourgogne, dont la rédaction avait été terminée la première. Sous les successeurs de ce prince, le travail se continua, et fut terminé sous Charles IX. Plus tard aussi, vers l'an 1580, plusieurs de ces coutumes furent revisées, en raison des fautes qui s'étaient glissées dans la première rédaction, et publiées de nouveau sous une forme meilleure.

Dès la première rédaction officielle des coutumes, et plus encore lors de la seconde, le droit romain exerça une influence considérable sur ce travail, auquel prirent la part la plus active des hommes dont l'éducation comme jurisconsultes s'était faite exclusivement à l'école du droit romain. Depuis cette époque, c'est-à-dire à dater du quinzième et du seizième siècle, les pays de coutume eurent donc un droit qui, quoique coutumier dans son origine, était néanmoins un droit écrit, quant à sa *forme* et à sa force obligatoire.

Le nombre de ces coutumes était considérable ; on les distinguait, quant à leur ressort, en coutumes générales et en coutumes locales. On comptait environ soixante coutumes de la première espèce, et près de trois cents de la seconde. Chaque coutume en particulier portait le nom du ressort ou de la juridiction à laquelle elle appartenait. Les jurisconsultes dénomment et classent aussi les coutumes d'après leur contenu, comme, par exemple, *coutumes d'égalité*, d'après lesquelles un héritier ne pouvait être avantagé de préférence à un autre, et *coutumes de franc-alleu*, d'après lesquelles des biens-fonds devaient être considérés, dans le doute, comme des alleux.

La coutume de Paris, appelée aussi coutume de la prévôté et vicomté de Paris, mérite une mention particulière comme source principale du Code civil. Elle remonte à l'an 1510. L'édition

revisée date de 1580. Même hors de la ville de Paris, quelques juridictions avaient recours à ses dispositions comme à une règle de décider, lorsque le droit coutumier général ou local de leur ressort laissait le cas indécis, ou que leur coutume était muette. Du reste le droit romain, dans les pays de droit coutumier, n'avait pas en général [19] l'autorité d'un droit écrit; mais quand l'étude scientifique du droit de Justinien se fut propagée en France, ce droit servit également à compléter les coutumes, même auprès des tribunaux de ces pays, non à titre de droit positif, mais seulement comme recueil de décisions formant règle générale, ou comme raison écrite, *ratio scripta*, notamment dans la théorie des obligations et des contrats.

Avec la décadence du pouvoir royal en France, sous les derniers rois de la seconde race, les ordonnances royales, encore appelées capitulaires, et les lois émanées des assemblées nationales devinrent de plus en plus rares. Les premiers rois de la troisième race usèrent peu du pouvoir législatif. La France était alors, sinon nominalement, au moins de fait, un État fédéral : le roi n'était que le chef de la confédération. Mais peu à peu le pouvoir royal se releva de cet état de faiblesse; les assemblées nationales, bien qu'autrement composées et n'ayant plus les mêmes pouvoirs qu'autrefois [20], reprirent de la considération et de l'influence. Ainsi les édits ou règlements rendus par le roi, soit de son propre mouvement, soit sur la proposition des Etats, devinrent une des sources du droit français. Ils reçurent alors le nom d'ordonnances. On trouve cette dénomination dans un édit de Philippe le Bel, de l'an 1327 [21]. On distingue encore les actes du pouvoir royal, d'après leur contenu, par des désignations spéciales. C'est ainsi que l'*édit* est une loi rendue sur un objet spécial; l'*ordonnance*, dans son acception plus restreinte, une loi qui embrasse

[19] A moins que la lettre royale, confirmative de la Coutume, ne renvoyât expressément au droit romain. V. l'ouvrage précité, 9, p. 364, note 10; Merlin, *Rép.*, v° *Autorités*, § 5.

[20] Les droits des Etats généraux se bornaient alors au vote de l'impôt et à présenter au roi des *doléances* et *remontrances*.

[21] Merlin, *Rép.*, v° *Ordonnance*.

toute une catégorie d'objets ou toute une théorie de droit ; une *déclaration* est une loi qui en explique une autre, ou qui décide un point de droit controversé ; les *lettres-patentes*, enfin, sont des ordres moyennant lesquels le roi confère un privilége, ou adresse aux tribunaux une résolution prise en Conseil d'Etat, pour la mettre à exécution.

Autant l'autorité des ordonnances royales avait d'abord été douteuse, autant le domaine de ces ordonnances avait été incertain, autant leur force légale fut incontestée et illimitée d'après le droit constitutionnel postérieur, c'est-à-dire environ au milieu du dix-septième siècle. Cependant, les Parlements s'étaient arrogé le droit de subordonner la force obligatoire des ordonnances à la condition de l'enregistrement, de sorte que chaque Parlement n'appliquait que les ordonnances qu'il avait enregistrées lui-même dans les registres publics à ce destinés. On sait que la possession de ce droit, ou, si l'on veut, cette prétention des Parlements était regardée comme inconstitutionnelle par l'autorité royale.

Parmi les ordonnances les plus importantes pour le droit civil, il faut citer les suivantes : l'ordonnance de Villers-Coterets (août 1539), rendue par François I[er] et relative à la procédure judiciaire ; l'ordonnance de Charles IX, de janvier 1561, sur les griefs des Etats d'Orléans ; l'ordonnance du même roi, rendue à Moulins en février 1566, sur la réforme de la procédure judiciaire ; l'ordonnance de Henri III, de 1579, motivée sur les griefs des Etats de Blois au sujet de la police générale du royaume ; les ordonnances de Louis XIV (V. *inf.*, §§ 16 et 19), et celles de Louis XV, sur les donations, de 1731 ; sur les testaments, de 1735 ; et sur les substitutions, de 1747. Du reste les ordonnances, quoique obligatoires pour toute la France, ne supprimèrent la distinction entre les pays de droit écrit et ceux de droit coutumier que pour certaines parties du droit et à certains égards. L'ordonnance sur les testaments, de 1735, prend même expressément cette distinction pour base de ses dispositions, en établissant des formes testamentaires diffé-

rentes pour les pays de la première et pour ceux de la seconde catégorie.

Telle était la diversité d'esprit et d'origine des sources du droit civil français, lorsque la révolution éclata. Les inconvénients de la variété de législation étaient encore aggravés par cette circonstance que chaque Parlement avait sa jurisprudence particulière, et qu'en outre certains priviléges se mêlaient aux décisions en matière de droit civil. On verra, aux §§ 6 et suiv., comment la révolution française s'efforça de substituer à cette confusion un droit civil uniforme pour toute la France, et en harmonie avec les besoins nouveaux de l'époque. Elle n'atteignit qu'imparfaitement ce but, et il était réservé au gouvernement consulaire de résoudre le problème.

BIBLIOGRAPHIE

CHOISIE

DE L'ANCIEN DROIT FRANÇAIS.

Les indications bibliographiques qui suivent ne s'appliquent qu'à l'ancien droit civil français. Pour le droit moderne, les citations de nos notes suffiront pour faire connaître les auteurs qui ont écrit sur le Code Napoléon ; et, d'ailleurs, les catalogues de la librairie seront toujours aussi complets que nous pourrions l'être nous-mêmes.

HISTOIRE DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

I. Histoire générale.

FLEURY. Histoire du droit français. *Paris*, 1682 ; 1 vol. in-12.

L'histoire de Fleury se trouve en tête de l'Institution du droit français d'Argou.

J. MART. SILBERRAD. Historiæ juris gallicani epitome. *Argent.*, 1751 et 1765 ; 1 vol. in-8.

A la suite de l'Histoire du droit romain et du droit germanique d'Heineccius.

GROSLEY. Recherches pour servir à l'histoire du droit français. *Paris*, 1752, 1787 ; 1 vol. in-12.

DUCHESNE. Analyse historique des principes du droit français. *Paris*, 1756 ; 1 vol. in-12.

BOILEAU. Histoire du droit français. *Paris*, 1806 ; 1 vol. in-12.

ALEX. CERESA DE BONVILLARET. Précis historique de la législation française. *Turin*, 1812 ; 1 vol. in-8.

BERNARDI. Essai sur les révolutions du droit français, pour servir d'introduction à l'étude de ce droit. *Paris*, 1785 ; in-8.

De l'origine et des progrès de la législation française, ou Histoire du droit public et privé de la France, depuis la fondation de la monarchie jusques et y compris la Révolution. *Paris*, 1817 ; 1 vol. in-8.

DUPIN. Précis historique du droit français, par l'abbé FLEURY, avec la continuation depuis 1674 jusqu'en 1789. *Paris*, 1826 ; in-18. Réimprimé dans ses opuscules ; 1 gros vol. in-18.

LAFERRIÈRE. Histoire du droit français. *Paris*, 1837 ; 2 vol.

MICHELET. Origines du droit français. *Paris*, 1837 ; 1 vol. in-8.

RAYNOUARD. Histoire du droit municipal en France. *Paris*, 1829 ; 2 volumes in-8.

PONCELET. Précis de l'histoire du droit civil en France. *Paris*, 1838 ; 1 vol. in-8. (Rédigé par Rapetti.)

GUIZOT. Histoire de la civilisation en France, depuis la chute de l'empire romain jusqu'à la révolution de 1789. *Paris*, 1829, 1850 ; 5 vol. in-8 et in-12.

LERMINIER. Introduction générale à l'histoire du droit (Livre troisième), 2e édition. *Paris*, 1853 ; in-12.

KLIMRATH. Travaux sur l'histoire du droit français, mis en ordre et précédés d'une introduction, par WARNKOENIG. *Paris* et *Strasbourg*, 1843 ; 2 vol. in-8.

LAFERRIÈRE. Histoire du droit civil de Rome et du droit français. *Paris*, 4 vol. in-8 ; 1846-53.

(Les quatre volumes publiés renferment l'histoire du droit français jusqu'au treizième siècle.)

GIRAUD. Essai sur l'histoire du droit français au moyen âge. *Paris*, 1846 ; 2 vol. in-8.

Ces deux volumes s'arrêtent à la période germanique ; le deuxième contient un grand nombre de documents du plus haut intérêt.

WARNKŒNIG et L. STEIN. Franzœsische Staats und Rechtsgeschichte (Histoire du droit public et privé français). *Bâle*, 1846 ; 3 vol. in-8.

SCHÆFFNER. Geschichte der Rechtsverfassung Frankreichs (Histoire du droit en France). *Francfort*, 1845-1850 ; 4 vol. in-8.

A. THIERRY. Essai sur l'histoire de la formation et des progrès du tiers Etat. *Paris*, 1853 ; 1 vol. in-8.

II. Histoire particulière, ouvrages concernant certaines époques ou certaines parties de l'histoire du droit français.

BERLIER. Précis historique de l'ancienne Gaule, ou Recherches sur l'état des Gaules avant les conquêtes de César. *Bruxelles*, 1822.

A. THIERRY. Histoire des Gaulois, depuis les temps les plus reculés jusqu'à la soumission de la Gaule aux Romains. *Paris*, 1828 ; 2 vol. in-8.

DE COURSON. Histoire des peuples Bretons dans la Gaule et dans les îles Britanniques. *Paris*, 1846 ; 2 vol. grand in-8.

AUG. THIERRY. Récits des temps mérovingiens, précédés de considérations sur l'histoire de France. *Paris*, 1839-1842 ; 2 vol. in-8.

LEHUEROU. Histoire des institutions mérovingiennes et carlovingiennes. Paris, 1842 ; 2 vol. in-8.

PARDESSUS. Loi salique, ou recueil contenant les anciennes rédactions de cette loi et le texte connu sous le nom de *lex emendata*. 1843 ; in-4.

CHAMBELLAN. Etudes sur l'histoire du droit français. 1847 ; in-8.

PETIGNY. Etudes sur l'histoire, les lois et les institutions de l'époque mérovingienne. *Paris*, 1851 ; 3 vol. in-8.

PERRECIOT (C.-J.), trésorier de France. De l'état civil des personnes, et de la condition des terres dans les Gaules, dès les temps celtiques jusqu'à la rédaction des coutumes. 2ᵉ édit. *Paris*, 1851; 3 vol. in-8.

BERROYER et DE LAURIÈRE. Bibliothèque des Coutumes, etc. L'introduction. *Paris*, 1699; in-4.

BOUHIER. Les Coutumes du duché de Bourgogne. *Dijon*, 1742, 1746; 2 vol. in-fol. Ses œuvres, 3 vol. in-fol.

CHINIAC (DE). Histoire des capitulaires des rois français de la première et de la seconde race. *Paris*, 1779, in-8.

HETZOD. Essai historique sur les lois et institutions qui ont gouverné la France sous les premiers rois. *Paris*, 1811; 1 vol. in-8.

BEUGNOT. Essai sur les institutions de saint Louis, 1821.

MIGNET. De la féodalité, des institutions de saint Louis et de la législation de ce prince. *Paris*, 1822; in-8.

PARDESSUS. Mémoire sur le droit coutumier et sur son état jusqu'au treizième siècle.

(Dans les Mémoires de l'Institut de France, Académie des Inscriptions et belles-lettres, t. X), 1829.

CAPEFIGUE. Histoire de Philippe Auguste. *Paris*, 1829; 4 vol.

Essai historique sur l'organisation judiciaire, et de l'administration de la justice depuis Hugues Capet jusqu'à Louis XII. 1851; 1 vol. in-8.

GUÉRARD. Polyptique de l'abbé Irminon, ou Dénombrement des menses, des serfs et des revenus de l'abbaye de Saint-Germain-des-prés sous le règne de Charlemagne. *Paris*, 1836-45; 3 vol. in-4.

III. Droit intermédiaire.

LASSAULX. Comment. über den C. N. (*Commentaire sur le Code Napoléon*. 1810; in-8.

SCHMIDT. Einleitung in das franzoessche Recht. (*Introduction au droit français*.

LAFERRIÈRE. Histoire des principes, des institutions et des lois pendant la Révolution française depuis 1789 jusqu'à 1804. 2ᵉ édit., 1852.

DROIT ROMAIN.

(Ouvrages publiés en France.)

1° Histoire.

HUGO. Histoire du droit romain, traduite sur la 7ᵉ édition, revue par Poncelet, 1822; 2 vol. in-8.

BERRYAT SAINT-PRIX. Histoire du droit romain, suivie de la vie de Cujas, 1821.

DUPIN. Précis historique du droit romain, depuis Romulus jusqu'à nos jours. 1825 ; in-18.

MACKELDEY. Histoire des sources du droit romain, traduite de l'allemand par PONCELET. *Paris*, 1829 ; in-12.

SAVIGNY. Histoire du droit romain au moyen âge, traduite par GUENOUX. 1830-1839 ; 3 vol. in-8.

GIRAUD. Histoire du droit romain, 1841.

TROPLONG. De l'influence du christianisme sur le droit privé des Romains, 1842.

ORTOLAN. Histoire de la législation romaine, 1843.

MACKELDEY. Manuel de droit romain, traduit par BEVING, 1846-52; in-8.

MORTREUIL. Histoire du droit byzantin, 1847 ; 3 vol. in-8.

MAREZOLL. Droit privé des Romains, traduit par PELLAT. 2e édition, 1852.

2° Institutes, commentaires et traductions depuis le Code Napoléon.

LECLERCQ. Le Droit romain dans ses rapports avec le droit français et les principes des deux législations. *Lüttich*, 1810 et suiv.; 8 vol.

ARNOLD. Elementa juris civilis Justinianei, cum C. N. et reliquis juris franco-gallici codicibus juxta ordinem institutionum collati. *Par. et Argent.*, 1812.

DELVINCOURT. Juris romani elementa secundùm ordinem institutionum Justiniani, 1823.

BIRET. Application au C. civ. des Institutes et des 50 liv. du Digeste, avec la traduction en regard, 1824 ; 2 vol.

BLONDEAU. Chrestomathie, ou choix de textes pour un cours élémentaire du droit privé des Romains, précédé d'une introduction à l'étude du droit. 1830-1843 ; in-8.

Des manuels de droit romain suivant l'ordre des Institutes ont été publiés à *Paris*, en 1820, par PONCELET ; à *Toulouse*, en 1831, par RUFFAT ; à *Grenoble*, en 1834, par QUINON ; à *Paris*, par LAGRANGE, 5e édition, 1848.

DUCAURROY. Institutes de Justinien. *Paris* ; 2 vol. in-8.

BLONDEAU et BONJEAN. Institutes de l'empereur Justinien, suivies d'un choix de textes juridiques relatifs à l'histoire externe du droit romain et du droit privé. *Paris*, 1838 ; 2 vol. in-8.

ORTOLAN. Explication historique des Instituts de Justinien. *Paris* ; 2 vol. in-8.

DE SAVIGNY. Traité de droit romain, traduit par Guenoux. *Paris*, 1840-50 ; 8 vol. in-8.

ETIENNE. Institutes de Justinien. *Paris*, 1845-1846 ; 2 vol. in-8.

PICOT. Traduction commentaire des Institutes de Justinien, précédée d'une introduction historique. *Paris*, 1843 ; in-8.

FRÉGIER. Paraphrase des Instituts de Justinien, par THÉOPHILE, traduite en français. 1847; in-8.

PASQUIER. L'Interprétation des Institutes de Justinien avec la conférence de chasque paragraphe aux ordonnances royaux, arrêts de Parlements et coustumes générales de France, avec une introduction et des notes par M. CH. GIRAUD. *Paris*, 1847; 1 vol. in-4.

Aux ouvrages publiés depuis le Code Napoléon, nous croyons devoir joindre le suivant, très-utile pour connaître l'histoire du droit romain dans les pays de droit écrit, notamment dans le ressort du parlement de Toulouse.

SERRES. Les Institutions du droit français suivant l'ordre de celles de Justinien. *Paris*, 1753; *Toulouse*, 1778.

DROIT COUTUMIER.

1° Principaux Coutumiers et Coutumes antérieurs à la rédaction officielle des Coutumes.

Les Etablissements de saint Louis publiés par DUCANGE, histoire de Joinville. *Paris*, 1668. Publiés aussi par DE LAURIÈRE, Ordonnances des rois de France, t. I, et par l'abbé DE SAINT-MARTIN. *Paris*, 1783; in-12.

MAILLARD. Ancien Coutumier d'Artois, dans ses Coutumes générales d'Artois. 1739; in-fol.

BEUGNOT. Les Assises de Jérusalem, ou Recueil des ouvrages de jurisprudence, composé pendant le treizième siècle, dans les royaumes de Jérusalem et de Chypre, 1841-43; 2 vol. in-fol.

BEUGNOT. Les Coutumes de Beauvoisis, par PHILIPPE DE BEAUMANOIR, jurisconsulte du treizième siècle, nouvelle édition. *Paris*, 1847; 2 vol. in-8.

MARNIER. Assises et arrêts de l'Echiquier de la Normandie au treizième siècle. *Paris*, 1839; 1 vol. in-8.

Ancien Coutumier inédit de Picardie. *Paris*, 1840; 1 vol. in-8.

Conseil de Pierre de Fontaine, 1846; 1 vol. in-8.

Anciens Usages inédits d'Auson, publiés d'après un manuscrit du treizième siècle de la Banque impériale. *Paris*, 1853; in-8.

BOUTHORS. Coutumes locales du bailliage d'Amiens. 1843-1852; 4 vol. in-4.

BORDIER. Recueil de textes antérieurs au seizième siècle, relatifs aux Coutumes de Paris et de l'Ile de France. *Paris*, 1853; in-8.

MAZURE. Juridiction de Béarn, législation inédite du onzième au treizième siècle, avec traduction en regard et introduction. 1842; in-4.

RAPETTI. Li livre de jostice et de plet avec un glossaire des mots hors d'usage, par F. CHABAILLE. *Paris*, 1850; in-4.

ROISIN. Franchises, lois et coutumes de la ville de Lille, ancien MS., 1842 ; in-4.

Coutumes notoires du Châtelet de Paris. Et Jean Desmares, décisions dans Brodeau, Coutume de Paris.

Le Grand coutumier de France ou de Charles VI, 1514-1598.

La huitième et dernière édition a été donnée par Charondas ; in-4°.

BOUTEILLER. Somme rurale, ou le grand Coutumier général, avec les annotations de CHARONDAS LE CARON, plusieurs fois réimprimé, et notamment en 1621.

2° Recueil de Coutumes, Traités et Commentaires postérieurs à la rédaction officielle des Coutumes.

GUÉNOIS. Conférence des coutumes de France. *Paris*, 1596 ; in-fol.

DUMOULIN. Œuvres, 4 et 5 vol. in-fol.

BRODEAU. Commentaires sur la coutume de Paris. *Paris* ; 2 vol. in-fol.

DUPLESSIS. Commentaire sur la coutume de Paris, in-fol.

FERRIÈRE. Commentaire sur la coutume de Paris.

A. DE FERRIÈRE. Corps et compilations de tous les commentateurs sur la coutume de Paris. Nouvelle édition ; notes de LECAMUS, 1714 ; 4 vol. in-fol.

BERROYER et DE LAURIÈRE. Bibliothèque des Coutumes, 1689 ; in-4.

BOURDOT DE RICHEBOURG. Nouveau Coutumier général. 8 tomes en 4 vol. in-fol., 1724.

LOISEL. Institutes coutumières par EUSÈBE DE LAURIÈRE. 2e édition, 1783 ; 2 vol. in-12.

Les mêmes avec notes de MM. DUPIN et LABOULAYE. *Paris*, 1846 ; 2 vol. in-12, suivis d'un glossaire.

GUY-COQUILLE. Institution au droit français. *Paris*, 1682, in-8, et dans ses œuvres. 2 vol. in-fol. *Paris*, 1666, et *Bordeaux*, 1705.

ARGOU. Institution au droit français, augmentée par Boucher d'Argis. *Paris*, 1692 et suiv. 1787 ; 2 vol. in-12.

(Ouvrage attribué pour le fond à Fleury. V. Daragon, Droit public de France, Avertissement, p. 11.)

DE LAURIÈRE. Coutumes de la prévôté et vicomté de Paris. *Paris*, 1 vol. in-12, 1698 ; 3 vol. in-12, 1777.

GIRAUD. Précis de l'ancien droit coutumier français. *Paris*, 1852 ; in-8.

LOIS ANCIENNES, CAPITULAIRES ET ORDONNANCES.

HEROLD. Originum ac germanicarum antiquitatum libri. *Basil.* et *Paris.*, 1557 ; in-fol.

DU TILLET. Aurei venerandique antiquitatis libelli. *Paris.*, 1573, in-8.

LINDENBROG. Codex legum antiquarum. *Francofurti*, 1613, in-fol.

GEORGISH. Corpus juris Germanici antiqui. *Hallæ*, 1738; in-4.

CANCIANI. Barbarorum leges antiquæ. *Venet.*, 1781-1792; 5 vol. in-fol.

WALTER. Corpus juris Germanici. *Berolini*, 1824; 3 vol. in-8.

BALUZE. Capitularia regum francorum : accedunt Marculfi et aliorum formulæ veteres... edente Stephano Baluzio. Éd. de Chiniac. *Paris*, 1780 ; 2 vol. in-fol.

DOM BOUQUET. Historiens de France. T. 4; in-fol.

PERTZ. Monumenta Germaniæ historica. T. 3 et 4; in-fol.

FONTANON. Les édits et ordonnances des rois de France depuis Louis le Gros, l'an 1108, jusqu'au roi Henry IV. Nouv. éd. revue et augmentée par de la ROCHEM VAILLET. *Paris*, 1611, 3 vol. in-fol.

GUÉNOIS. Conférence des ordonnances royales, avec annotations *Paris*, 1660-1678; 3 vol. in-fol.

NÉRON et GIRARD. Recueil d'édits et ordonnances royaux, augmenté d'un très-grand nombre d'ordonnances et de quantité de notes, conférences et commentaires, par DE LAURIÈRE et FERRIÈRE. *Paris*, 1720 ; 2 vol. in-fol.

Les Ordonnances des rois de France de la troisième race, commencées en 1723 (1723-1852). 23 vol. in-fol.

(La collection comprend le règne de Louis XII.)

JOURDAN, DECRUSY, ISAMBERT et TAILLANDIER. Recueil des anciennes lois françaises, depuis l'an 420 jusqu'à la révolution de 1789. *Paris*, 1821-1830 ; 29 vol. in-8.

WALKER. Collection complète par ordre chronologique des lois, édits, traités de paix, ordonnances, déclarations et règlements d'intérêt général antérieurs à 1787, restés en vigueur. *Paris*, 1836-1837 ; 5 vol. in-8.

PAILLIET. Manuel complémentaire des Codes français et de toutes les collections de lois, contenant les dispositions textuelles des ordonnances, édits, déclarations, antérieurs à 1789 et restés en vigueur. *Paris*, 1846 ; 2 vol. in-8.

PARDESSUS. Table chronologique des ordonnances des rois de France jusqu'à Louis XII inclusivement. 1847 ; in-fol.

ARRÊTS, RECUEILS PRINCIPAUX.

LAURENT JOVET. Bibliothèque des arrêts de tous les parlements de France. *Paris*, 1669; in-fol.

BRILLON. Dictionnaire des arrêts, ou Jurisprudence universelle des Parlements et autres tribunaux de France. *Paris*, 1726; 6 vol. in-fol., nouv. édit., par PROST DE ROYER et RIOLES, non terminée. 1786-1787; 7 vol. in-4.

BLONDEAU, GUÉRET et autres. Journal du Palais, ou Recueil des décisions des Parlements et Cours souveraines de France. *Paris*, 1713-1755; 2 vol. in-fol.

DUFRESNE. Journal des audiences du Parlement de Paris, avec les arrêts qui ont été rendus depuis 1622 jusqu'en 1722. 1754; 7 vol. in-fol.

AUGEARD. Arrêts notables des différents tribunaux du royaume. *Paris*, 1756; 2 vol. in-fol.

ROUSSEAU DE LACOMBE. Recueil de jurisprudence civile. *Paris*, 1736-1785, in-4.

DENIZART. Collection de décisions nouvelles, mise dans un nouvel ordre, corrigée et augmentée par CAMUS et BAYARD, continuée par CALFUGE. *Paris*, 1783-1808; 13 vol. in-4.

GUYOT. Répertoire universel et raisonné de jurisprudence. *Paris*, 1777-1784; 17 vol. in-4.

BEUGNOT. Les Olim, ou Registre des arrêts rendus par la Cour du Roi, sous les règnes de saint Louis, Philippe le Hardi, etc., 1840-1848; 4 vol. in-4.

DROIT CANONIQUE.

1° Histoire et Institutions.

DOUJAT. Histoire du droit canonique. *Paris*, 1675-1685; 1 vol. in-12.

FLEURY. Institution au droit ecclésiastique, édition revue et augmentée de notes par BOUCHER D'ARGIS. *Paris*, 1771; 2 vol. in-12.

DURAND DE MAILLANE. Institut du droit canonique, précédé de l'Histoire du droit canon. *Lyon*, 1770; in-12.

WALTER. Manuel du droit ecclésiastique, traduction de ROQUEMONT. *Paris*, 1840, in-8.

DUPIN. Manuel du droit public ecclésiastique français. *Paris*, 1844; in-18.

LEQUEUX. Manuale juris canonici ad usum seminariorum juxta temporum circumstancias accommodatum; 4 vol. in-12.

PHILIPPS. Du Droit ecclésiastique dans ses rapports généraux, traduit par l'abbé CROUZET. *Paris*, 1851; 4 vol. in-8.

2° Libertés de l'Église gallicane, Traités et Recueils.

DE MARCA. De concordiâ sacerdotii et imperii, et de libertatibus Ecclesiæ gallicanæ. *Paris*., 1704; in-fol.

PITHOU. Les libertés de l'Eglise gallicane prouvées et commentées suivant l'ordre et la disposition des articles dressés par Pierre PITHOU, et sur les Recueils de P. DUPUY, par DURAND DE MAILLANE. *Lyon*, 1771 ; 5 vol. in-4.

FÉVRET. Traité de l'Abus. *Lyon*, 1730. — *Lausanne*, 1778 ; 2 vol. in-fol.

HÉRICOURT (d'). Lois ecclésiastiques de France. *Paris*, 1756-1771, in-fol.

BOSSUET. Defensio declarationis cleri gallicani, anno 1682, auct. JAC. BENIGNO BOSSUET. *Luxemburgi*, 1730, et *Amstelodami*, 1745; 2 vol. in-4.

ROUSSEAU DE LACOMBE (Guy). Recueil de jurisprudence canonique et bénéficiale. *Paris*, 1748-1771; 1 v. in-fol.

DURAND DE MAILLANE. Dictionnaire du droit canonique, 1776 ; 5 vol. in-4.

CARRÉ. Traité du gouvernement des paroisses. 1824 ; in-8.

AFFRE. De la propriété des biens ecclésiastiques. *Paris*, 1837 ; in-8.

— Traité de l'administration temporelle des paroisses. *Paris*, 1845, in-8.

— De l'appel comme d'abus. *Paris*, 1845; in-8.

VUILLEFROY. Traité de l'administration du culte catholique. *Paris*, 1842; in-8.

CHAMPEAUX. Le droit civil ecclésiastique français ancien et moderne dans ses rapports avec le droit canon et la législation actuelle. Recueil complet, depuis saint Louis jusqu'à nos jours, des pragmatiques, concordats, lois, décrets, etc. *Paris*, 1852 ; 3 vol. in-8.

ANDRÉ. Cours alphabétique, théorique et pratique de la législation civile ecclésiastique. *Paris*, 1847, 1848, 1850 ; 3 vol. grand in-8.

Cours alphabétique et méthodique du droit canon. *Paris*, 1852; 4 vol. in-8.

EXPLICATION

DES

PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.

V.	— Voyez.
p.	— page.
n.	— numéro.
v°	— verbo.
v^is	— verbis.
et s.	— et suivants *ou* suivantes.
Nap.	— Code Napoléon.
Pr.	— Code de procédure civile.
Com.	— Code de commerce.
I. cr.	— Code d'instruction criminelle.
Pén.	— Code pénal.
S. V.	— Sirey, de Villeneuve.
L.	— Loi.
Déc.	— Décret.
Ord.	— Ordonnance.
Av. du Cons.	— Avis du Conseil d'Etat.
S.-c.	— Sénatus-consulte.

Les additions soit dans le texte, soit dans les notes, sont renfermées entre deux crochets.

Le titre de l'ouvrage des divers auteurs cités aux notes n'est, en général, indiqué que dans la première citation.

Pour tous les arrêts antérieurs à 1830, nous avons dû nous borner à en indiquer la date, ces arrêts pouvant se retrouver à leur ordre chronologique soit directement dans les recueils classés chronologiquement, soit indirectement, par les tables, dans les recueils par ordre alphabétique.

LE DROIT CIVIL FRANÇAIS

NOTIONS GÉNÉRALES

ET

TITRE PRÉLIMINAIRE.

Articles 1 a 6.

SOMMAIRE.

CHAPITRE I.

DU DROIT ET DE LA JURISPRUDENCE.

§ 1. *Définitions du droit, des lois et de la jurisprudence.*

Le droit [dans le sens qui lui sera habituellement donné dans cet ouvrage] est l'ensemble des lois à l'observation desquelles l'homme peut être contraint par une force extérieure ou physique. [Cette définition n'embrasse pas le droit dans ses rapports les plus étendus, mais seulement dans ses rapports avec les lois. Le droit, en effet, a des acceptions diverses et des aspects multiples : on peut lui faire comprendre les choses divines et humaines, le for intérieur et le for extérieur ; on peut le considérer sous un aspect relativement moins étendu, en le renfermant dans le cercle des affaires et des intérêts de ce monde. De là viennent le nombre et la variété des définitions qu'ont essayées les jurisconsultes et

les moralistes ; de là viennent aussi les critiques : on définit à un point de vue, on critique à un autre. Le droit, au surplus, est peut-être du nombre des choses qui se comprennent mieux qu'elles ne se définissent. Il n'est personne, même parmi les moins lettrés, qui ne se rende parfaitement compte de ce que c'est que le droit, et dans l'esprit de qui ce mot ne réveille l'idée de ce qu'on peut et de ce qu'on doit, non pas précisément selon les règles du for intérieur et de la conscience, mais surtout selon les règles d'action établies par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir. Le droit est l'ensemble de ces règles d'action. Chacune de ces règles d'action est une loi [1].

Mais il ne faut pas se méprendre sur la contrainte, ou obligation d'obéir dont il est ici question. Il ne s'agit pas d'une contrainte directe et absolue : il y a, en effet, des choses défendues par le droit, et que l'homme a cependant la liberté morale de faire ; et des choses que le droit oblige de faire, que cependant on a la liberté de ne pas faire ; mais dans l'un comme dans l'autre cas, l'homme, en usant de son libre arbitre, devient responsable de l'usage qu'il en fait ; il encourt une peine, soit dans sa personne, soit dans ses biens, et cette peine le contraint indirectement à se conformer au droit dont elle est la sanction.

Le droit est-il une science ou un art ? Il est l'un et l'autre. Le droit est une science, quand il s'agit de l'enchaînement de ses principes et de leur déduction logique ; il est un art quand il s'agit de leur application.]

La connaissance du droit constitue la jurisprudence. [En d'autres termes, la jurisprudence est la connaissance des lois et de la manière de s'en servir : c'est le droit appliqué. Dans un sens moins général et plus usuel, on entend par jurisprudence l'habitude de juger une question de la même manière ; une suite de jugements semblables dont la réunion fait autorité sur un point douteux, en expliquant la loi ou en y suppléant. Cette jurisprudence tient une grande place dans l'étude du droit, surtout depuis que l'obligation imposée aux juges de motiver les jugements et les arrêts a donné à leurs décisions une valeur doctrinale qu'ils n'avaient pas autrefois. Aussi ce brocard de Palais : *Les arrêts sont bons pour ceux qui les obtiennent*, datant d'une époque où les arrêts n'étaient pas motivés, n'a-t-il pas conservé aujourd'hui son ancienne autorité. Cependant la jurisprudence n'a aucune force législative et est toujours discutable. Plus d'ailleurs elle est constante, plus elle a

[1] [V. Massé, *Droit commercial dans ses rapports avec le droit des gens et le droit civil*, 1, n. 32 et 33.]

d'autorité; mais si un seul arrêt ne suffit pas d'ordinaire pour fonder une jurisprudence sur une question, d'après cet ancien proverbe coutumier : *Une fois n'est pas coutume*[2], il n'est pas nécessaire non plus que la chose ait été toujours et perpétuellement jugée dans le même sens. Nous ne sommes pas aussi exigeants que la loi romaine, qui demandait *rerum perpetuo similiter judicatarum auctoritatem*[3].]

§ 2. *Du droit naturel et du droit civil.*

Le droit se divise en droit *naturel* et en droit *civil.*

[Le droit *naturel* est l'ensemble des règles d'action qui dérivent de la nature de l'homme.

Le droit *civil* est l'ensemble des lois particulières à chaque peuple : *Quod quisque populus ipse sibi jus constituit, quasi jus proprium ipsius civitatis.*

Plusieurs jurisconsultes ont vu, dans le droit naturel, le droit de l'homme vivant à l'état de nature, et dans le droit civil, celui de l'homme arrivé à la vie sociale[1]. Mais il n'y a pas d'état de nature dans le sens donné à ces expressions par tous ceux qui ont suivi les doctrines de l'école philosophique du dix-huitième siècle et surtout de J.-J. Rousseau. L'homme étant essentiellement sociable, son état naturel est l'état de société. Ce qu'on appelle l'état de nature, c'est-à-dire l'absence de toute société, n'a jamais existé. Le droit naturel est donc celui qui découle de l'état de société : tout ce qui est conforme aux nécessités de l'état social est conforme au droit naturel; tout ce qui est contraire à l'état social est contraire au droit naturel. Les fausses idées qui ont cours sur ce point reposent sur cette hypothèse qui n'est pas nouvelle, mais seulement rajeunie, que la société est le résultat d'un contrat ou un fait accidentel, tandis que l'état de société est l'état naturel et primitif de l'homme, qui ne peut se comprendre que dans un état plus ou moins parfait de société.]

Le droit civil[2] [*sensu lato*] a pour objet, soit la constitution de l'Etat, soit l'exercice de la puissance publique. Il est donc ou *con-*

[2] [Loisel, *Instit. coutum.*, liv. 5, tit. 5, règle 11.]

[3] [L. 38, Dig., *De Legibus*.]

[1] [Zachariæ est de ce nombre; et telle est en effet la définition qu'il donne dans ce même paragraphe du droit naturel et du droit civil, définition à laquelle nous avons substitué celle qui se trouve ci-dessus.]

[2] On divise habituellement le droit civil, à l'exemple des juriconsultes romains, *Inst.*, § 4, *De just. et jure*, en droit public et droit privé. Il y a en effet des lois qui n'ont trait qu'à l'intérêt de la communauté, d'autres à l'intérêt des individus. Mais cette division n'est pas tout à fait exacte; car, il y a des lois, comme celles sur les délits et les peines, qui participent à la fois du droit public et du droit privé.

stitutionnel, ou *administratif*. [Il est constitutionnel quand il règle l'organisation et les droits de l'Etat. Il est administratif quand il règle l'exercice de la puissance publique, soit entre les pouvoirs publics et les citoyens, soit entre les citoyens.] Le droit administratif se divise en autant de parties qu'il y a d'objets sur lesquels la puissance publique est appelée à s'exercer. Le droit civil, en tant qu'il contient les règles d'après lesquelles la puissance publique s'exerce dans les choses civiles [*sensu stricto*], est donc une partie du droit administratif ainsi entendu [3]. — [Le droit civil proprement dit, opposé au droit naturel, prend aussi le nom de droit positif.]

§ 3. *Du droit des gens.*

Le droit des nations, considérées comme personnes morales, est naturel ou positif [1]. [On l'appelle droit international ou droit des gens. Le droit des gens naturel ou primitif n'est autre chose que le droit naturel, appliqué aux affaires des nations [2].] Le droit des gens positif est celui des nations qui appartiennent à une Confédération, comme les Etats-Unis de l'Amérique du Nord, et, à un certain degré, les Etats de la Confédération germanique. [C'est aussi et surtout celui qui résulte des traités, des conventions, des engagements par lesquels les Etats ou leurs chefs règlent leur conduite réciproque : quelquefois aussi il résulte de l'usage [3].]

Du reste le droit des gens est en contact sur plus d'un point avec le droit *civil* et l'administration de la justice, notamment en ce qui concerne les priviléges des ambassadeurs, les suites juridiques des conquêtes, la force obligatoire des traités internationaux pour les juges de chaque pays, la juridiction des consuls et la compétence des agents diplomatiques, comme officiers de l'état civil. [Les règles auxquelles sont soumises ces différentes matières composent ce qu'on appelle le droit *international privé*.]

[3] Dans le langage ordinaire, on entend par droit administratif, la partie du droit qui règle les rapports du pouvoir exécutif dans leur application à des circonstances particulières et locales.

[1] [*Littéralement*, Zachariæ dit *civil* : dénomination exacte en ce sens que le droit positif des nations, considérées comme individus, est leur droit civil. Néanmoins la division du droit des gens en droit *naturel* et *positif* est plus généralement admise par les publicistes.]

[2] [Zachariæ, persistant dans l'erreur que nous avons signalée plus haut, V. § 2, définit le droit des gens naturel, celui des peuples qui restent les uns vis-à-vis des autres dans l'état de nature. Il n'y a pas plus d'état de nature pour les nations que pour les individus : les nations sont sociables comme les individus, et ont entre elles des rapports de sociabilité desquels résultent des droits et des devoirs qui constituent le droit naturel.]

[3] [V. Massé, 1, n. 40 et suiv.]

CHAPITRE II.

DU DROIT FRANÇAIS.

SECTION Ire. — NOTION ET DIVISIONS DU DROIT FRANÇAIS.

§ 4. *Des lois dont se compose le droit français.*

Le droit français est le droit positif propre à la nation française. Il se compose de l'ensemble des lois émanées des corps investis de la puissance législative [ou réglementaire. En ce sens, les lois sont les règles d'action imposées par une autorité à laquelle on est tenu d'obéir.]

Aujourd'hui le droit français se compose de toutes les lois promulguées depuis l'origine de la monarchie, pourvu toutefois qu'elles n'aient pas été abrogées par une loi postérieure, par application de la maxime *lex posterior derogat priori*. Il se compose surtout de toutes les lois qui ont été rendues depuis le Consulat, et qui forment la source la plus importante du droit actuel. La Charte de 1814 a expressément confirmé les lois existantes au moment de la Restauration ; l'art. 70 de la Charte de 1830 contient la même confirmation pour les lois postérieures ; [l'art. 112 de la Constitution du 4 nov. 1848 contenait une disposition analogue, qui a été reproduite dans l'art. 56 la Constitution du 14 janvier 1852.]

§ 5. *Des sources du droit français actuel.*

Les sources du droit français actuel sont :

1° Les lois, c'est-à-dire dans le sens que le langage constitutionnel français donne à ce mot, les dispositions légales qui, depuis que la France a un gouvernement représentatif, ont reçu force exécutoire suivant les règles tracées par la Constitution [1]. D'après la première Constitution impériale, on donnait le nom de lois aux dispositions que l'Empereur présentait au Corps législatif et que celui-ci adoptait [2]. D'après la Charte de 1814, l'initiative de la loi n'appartenait qu'au roi [3]. D'après celle de 1830, un projet de loi pouvait émaner des trois branches de la puissance législa-

[1] Le mot *lois* est pris ici dans un sens restreint, *in sensu stricto*, tandis que dans une acception plus large il comprend toutes les sources du droit civil français. Dans l'ancienne monarchie les ordonnances royales tenaient lieu de lois dans la signification restreinte que présente aujourd'hui ce mot.

[2] [V. Constitution du 22 frimaire an VIII, art. 23 et s.]

[3] Charte constit. de 1814, art. 15-22. Les Chambres, d'après cette charte fondamentale, avaient aussi le droit de prier le roi de leur présenter des projets de loi, ainsi que d'amender les projets de loi qui leur avaient été présentés.

tive, et lorsqu'il avait été accueilli par la majorité des deux Chambres et sanctionné par le roi, il avait force de loi [4]. — [Sous la Constitution du 4 nov. 1848, les lois étaient proposées, soit par les représentants du peuple, dont chacun avait le droit d'initiative, art. 39, soit par le Président de la République, art. 49; votées par l'Assemblée législative, art. 49, et promulguées par le Président de la République, art. 56 et suiv. Aujourd'hui, sous l'empire de la Constitution du 14 janv. 1852, et des sénatus-consultes du 7 nov. et du 25 déc. 1852, l'Empereur a seul l'initiative des lois, art. 8; le Corps législatif les vote, art. 39; le Sénat en examine la constitutionnalité, art. 25 et suiv.; l'Empereur les promulgue. Le Sénat règle, par des sénatus-consultes, certaines matières spéciales, art. 27; il peut aussi poser les bases des projets de loi d'un grand intérêt national, art. 30.] — La loi, ainsi entendue dans son sens le plus restreint, est la source principale du droit civil français; et c'est dans ce sens que le mot *loi* est employé dans cet ouvrage.

2° Les ordonnances royales et, d'après la Constitution de l'Empire, les décrets impériaux lorsqu'ils contiennent des règles générales [5]. D'après l'art. 14 de la Charte de 1814, le roi avait le droit de faire, sans le concours des Chambres, les ordonnances et règlements nécessaires pour l'exécution des lois et la sûreté de l'État. — La Charte de 1830 reproduisait cette disposition dans son art. 13, avec cette réserve motivée par les événements du mois de juillet de la même année, que le roi ne pouvait jamais user de ce droit pour suspendre les lois elles-mêmes, ni dispenser de leur exécution. [Sous la Constitution du 4 nov. 1848, le Président de la République, chargé de surveiller et d'assurer l'exécution des lois, art. 49, ne pouvait en aucune manière en suspendre l'exécution, art. 51.] Du reste, le point de savoir si une ordonnance royale invoquée à l'occasion d'un litige, est constitutionnelle ou inconstitutionnelle, appartient toujours aux tribunaux compétents [6]. — Les décrets impériaux [7], sous le premier Empire, émanaient de l'Empereur en vertu du droit que lui donnait la Consti-

[4] Charte du 9 août 1830, art. 14-16.

[5] S. V., 33, 1, 372.

[6] V. plusieurs exemples de l'application de ce principe [Cass. 3 mars 1817; Paris, 1er avril 1830; Tarascon, 1er févr. 1833, S. V., 33, 2, 174; Rennes, 1er avril 1834, S. V., 34, 2, 388; Grenoble, 6 juill. 1833, S. V., 33, 2, 628; Bordeaux, 18 avril 1836, S. V., 36, 2, 410; Aix, 16 juill. 1836, S. V., 37, 2, 80. V. aussi Foucart, *Droit adm.*, 1, n. 97; Serrigny, *Comp. adm.*, 1, n. 5; Chauveau, *Comp. adm.*, 2, p. 10, n. 20; Trolley, *Traité de la hiér. adm.*, 1, n. 142.]

[7] Quelquefois des décisions de l'Empereur, rendues verbalement sur la présentation d'un rapport du ministre, sont également mentionnées dans les circulaires ministérielles. La force obligatoire de ces décisions doit être appréciée d'après les mêmes principes que les circulaires elles-mêmes.

tution de développer les principes posés dans les sénatus-consultes ou dans les lois (*sensu stricto*), d'interpréter les lois obscures et de faire tous les règlements nécessaires à l'exécution des lois et des sénatus-consultes [8]. Il est souvent arrivé, lorsque Napoléon Ier exerçait un pouvoir sans limite, que les décrets impériaux, au lieu de se borner à interpréter les lois ou à en faciliter l'application, les modifiaient. Le Sénat qui, seul, avait le droit d'attaquer les décrets impériaux, comme inconstitutionnels, Const. du 22 frim. an VIII, art. 21, n'ayant pas fait usage de ce droit, il en est résulté que ces décrets, bien que contraires aux lois, ont été et sont encore acceptés par la jurisprudence comme règles de droit en vigueur [9], et ne peuvent être abrogés que par une loi [10]. [Aujourd'hui, sous le nouveau régime impérial, et d'après la Constitution du 14 janvier 1852, art. 6, l'Empereur fait les règlements et décrets nécessaires pour l'exécution des lois; il peut même, aux termes des art. 3 et 4 du sénatus-consulte du 25 déc. 1852, modifier seul, et sans le concours du Corps législatif, les tarifs de douane et ordonner les grands travaux d'utilité publique.] Il y avait encore sous le premier Empire les statuts impériaux, ou décrets relatifs à l'organisation de la maison de l'Empereur, et qui avaient pour objet le droit de famille de la Famille Impériale. V. le sén.-cons. du 28 flor. an XII, art. 14. [Aujourd'hui, c'est encore à l'Empereur qu'il appartient de fixer la position, les titres et la condition des membres de sa famille, Sénatus-consulte du 7 nov. 1852, art. 3; décret du 21 juin 1853.]

[8] Constit. du 22 frim. an VIII, art. 44; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 3.

[9] Cass., 18 janv. 1821; 3 oct. 1822; 12 déc. 1823; 26 avril 1828; 8 et 18 avril 1831 [et autres indiqués par Gilbert, *Code civil annoté*, sur l'art. 1er, n° 6. — V. au surplus la note suivante.]

[10] Paris, 27 juin 1831, S. V. 31, 2, 335. [On a vu dans la note qui précède qu'un grand nombre d'arrêts ont jugé que les décrets impériaux publiés et exécutés comme lois de l'Etat ont, malgré leur inconstitutionnalité, conservé leur force obligatoire sous les divers gouvernements qui se sont succédé depuis la fin du premier Empire. Cette jurisprudence, aujourd'hui incontestable, a été suivie par beaucoup d'auteurs. V. notamment Foucart, 1, p. 98; Serrigny, 2, n. 6; Trolley, 1, n. 25; Richelot, *Princ. du droit civ.*, n. 15; Duvergier, *Coll. des lois*, préf., p. 6. — Toutefois elle a été combattue, du moins dans sa généralité, par quelques auteurs, qui ont pensé que les dispositions pénales contenues dans des décrets impériaux ne devaient plus être appliquées. V. Dupin, *Réquisit.*, 2, p. 148; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pén.*, 2, p. 336. Et il a même été jugé en ce dernier sens qu'une peine d'emprisonnement ne peut être prononcée en vertu d'un décret impérial, alors surtout qu'il n'est pas établi que ce décret ait jamais été exécuté dans sa disposition pénale, Bordeaux, 22 mars 1832, S. V., 32, 1, 483. — Du reste, il est bien évident que les décrets impériaux ne sont aujourd'hui obligatoires comme lois que lorsqu'ils ont été publiés et exécutés comme lois par le gouvernement impérial, Cass., 12 juill. 1844, S. V., 44, 1. 855. — Les décrets rendus par l'impératrice Marie-Louise, pendant sa régence, au delà des termes des pouvoirs à elle délégués par les lettres-patentes qui lui conféraient la régence, sont-ils obligatoires comme les décrets impériaux? *Non*. Cass., 13 mars 1832, S. V., 32, 1, 293. *Oui*, Nîmes, 9 déc. 1829.]

3° Les avis du Conseil d'Etat. Sous la première Constitution impériale [11], le Conseil d'Etat avait, entre autres attributions, celle de déterminer le sens des lois. Ses avis avaient et ont encore, lorsqu'ils ont été approuvés [12] par l'Empereur, la même force obligatoire que les décrets impériaux.—Sur le mode actuel d'interprétation des lois, v. ci-après le § 37.

4° Les sénatus-consultes, ou résolutions du Sénat de l'Empire français [13]. Ils n'ont trait au droit civil que dans ses rapports avec le droit constitutionnel.

5° Les circulaires et les décisions ministérielles. Ces lettres et décisions sont obligatoires pour les fonctionnaires publics, mais elles n'obligent en rien les tribunaux, relativement aux points de droit civil qu'elles décident [14].

§ 6. *Continuation. — Les cinq Codes de l'Empire français. — Codes publiés ultérieurement.*

En tête des lois françaises, il faut placer tout d'abord les cinq Codes de l'Empire : 1° le Code Napoléon, ou le Code civil des Français ; 2° le Code de procédure civile ; 3° le Code de commerce ; 4° le Code d'instruction criminelle ; 5° le Code pénal. Ces Codes contiennent, pour les matières civiles, commerciales et criminelles, des dispositions si complètes, si bien reliées entre elles, et, en tout point, si conformes à la raison, que peu de législations en Europe peuvent être mises en parallèle avec la législation française [1]. Tous ces Codes sont l'œuvre de Napoléon Ier. Ils montrent combien les travaux de la paix sont plus durables que les conquêtes de la guerre ! Tous ces Codes ont été préparés et discutés de la même manière. Ils sont encore tous ensemble en vigueur sur le territoire continental de la France [2].

Sous le règne de Charles X, un sixième Code, le Code fores-

[11] Cass., 19 oct. 1808.

[12] Ils portent par conséquent une double date, celle du jour de la résolution et celle de l'approbation. La mention d'une seule date ne s'applique jamais qu'à celle du jour de l'approbation.

[13] Sur les fonctions de l'ancien Sénat, V. Constitution du 22 frim. an VIII, art. 15 et s.; Sénatus-cons. org. du 16 therm. an X, art. 54 et s.; celui du 28 flor. an XII, art. 57 et s. [Sur les fonctions du Sénat actuel. V. Constitution du 14 janvier 1852, art. 19 et s.]

[14] La jurisprudence est conforme. V. Cass., 11 janv. 1816; [et les auteurs aussi. V. Toullier, 1, n. 56; Foucart, 1, n. 104; Trolley, 1, n. 28; Dupin, *Réquisit.*, 1, n. 398; Richelot, 1, n. 17. Les circulaires ne sont pas obligatoires pour les tribunaux, même lorsqu'elles ont seulement pour but de déterminer l'étendue des fonctions des officiers ministériels, Amiens, 31 déc. 1824.]

[1] Les Codes des principaux Etats de l'Europe ont été traduits en français par V. Foucher.

[2] Ils n'ont jamais été introduits dans les colonies françaises simultanément et par une loi générale, [mais successivement et avec certaines modifications par divers décrets, lois ou ordonnances.]

tier, a été promulgué le 21 mai 1827. Ce Code abroge toutes les dispositions antérieures ayant le même objet, art. 218, et il réglemente, en 225 articles, toutes les matières relatives aux forêts, tant au point de vue de l'intérêt public qu'au point de vue de l'intérêt particulier. Ces dispositions entreprennent notablement sur le droit civil, par exemple, en ce qui concerne les droits d'usage.

Plusieurs jurisconsultes modernes français donnent le nom de Code, soit à certaines lois isolées, soit à plusieurs lois se rapportant au même objet. C'est ainsi que quelques-uns d'entre eux ont jugé convenable de porter à dix le nombre des Codes français et de compter, indépendamment des six Codes précités, un Code constitutionnel contenant la Charte du mois de juin 1814, celle de 1830 et autres actes du même genre; un Code de la pêche, c'est-à-dire la loi du 15 avril 1829; un Code de la chasse, c'est-à-dire les lois concernant le droit de chasse; un Code rural, c'est-à-dire les lois concernant l'agriculture.

SECTION II. — CODE NAPOLÉON OU CODE CIVIL.

§ 7. *Description du Code Napoléon.*

Le Code Napoléon ou Code civil contient, avec quelques notions de procédure, l'ensemble de la théorie générale du droit civil. Il a été promulgué et rendu exécutoire sous forme de Code le 30 ventôse an XII (21 mars 1804).

Le Code civil se compose de 2281 articles numérotés sans interruption. Les six premiers articles traitent des lois en général, de leur publication et de leur force obligatoire [1]. Tous les autres sont répartis en trois livres. Le premier de ces livres est intitulé : *Des personnes*, art. 7-515 ; le second : *Des biens et des différentes modifications de la propriété*, art. 516-710 ; le troisième : *Des différentes manières dont on acquiert la propriété*, art. 711-2281 [2]. Chaque livre est divisé en titres, et chaque titre en chapitres, et ainsi de suite.

§ 8. *Histoire du Code. — Introduction.*

Avant la Révolution, il n'y avait en France, pour le droit civil,

[1] Le projet de la Commission était précédé d'un livre préliminaire rédigé par Portalis. Les articles de ce livre furent supprimés, à l'exception de ceux que nous retrouvons dans le titre préliminaire, les uns comme étant de pure doctrine, les autres comme devant être réunis au titre des *obligations*.

[2] [Quelles que soient les critiques qu'à un point de vue trop exclusivement scientifique on ait pu faire du plan du Code civil, il n'en a pas moins le mérite inappréciable d'être clair, de se classer facilement dans l'esprit, et, s'adressant à tous, d'être ainsi à la portée de tous.]

aucun Code général en vigueur dans toutes les parties de la monarchie française. Les provinces étaient partagées, relativement au droit civil, en pays de droit écrit et en pays de droit coutumier. Dans les premiers on suivait principalement le droit romain; dans les autres, le droit coutumier de chaque province et de chaque ville. Le droit coutumier était d'origine germanique [1]. Les ordonnances du roi étaient seules obligatoires dans toute la France. On avait, à plusieurs reprises, fait des projets et des recherches pour réunir les matériaux d'un Code civil applicable à toute la France, mais sans aucuns résultats [2]. Cependant des travaux préparatoires importants, les uns sur le droit positif [3], les autres sur la philosophie du droit, d'autres sur la science de la législation [4], avaient déjà préparé les voies, en même temps que le nombre et la confusion des lois successivement promulguées entravaient les relations civiles et l'administration de la justice, et faisaient sentir la nécessité de mettre un terme à cet état de choses.

§ 9. *Travaux préparatoires pendant la Révolution.*

La Révolution française fit table rase de toutes les institutions

[1] [D'autres ont attribué aux Coutumes une origine gauloise; mais l'opinion la plus probable est celle qui fait découler les Coutumes de l'ancien droit germanique. V. Pardessus, *Mémoire sur l'origine du droit coutumier en France, et sur son état jusqu'au treizième siècle*, et Klimrath, dans ses travaux malheureusement inachevés. De là vient l'élément germanique qui se rencontre à chaque pas dans le Code civil (V. sur ce point un article fort intéressant de M. Zœpfl, professeur de Code civil à Heidelberg, dans la *Revue étrangère de législation*, 9, p. 161), les Coutumes étant elles-mêmes un des éléments principaux du Code civil. — « Nous avons fait, disait Portalis dans le discours préliminaire du projet de Code, une transaction entre le droit écrit et les Coutumes. » V. *inf.*, § 15.]

[2] Sous le règne de Henri III et par ses ordres, le président Brisson prépara un Code composé en partie d'ordonnances alors en vigueur, en partie de dispositions nouvelles. Ce Code porte le nom de Henri III. Il a été augmenté et commenté par plusieurs jurisconsultes, et notamment par Charondas, mais il n'a jamais eu force de loi. V. Merlin, *Rép.*, v° *Code*. [Il y a eu d'autres essais de codification plus ou moins complets, soit qu'ils émanassent de l'autorité publique, soit qu'ils fussent l'œuvre de compilateurs; tels sont les *Assises de Jérusalem*; les *Établissements de saint Louis*; les *Institutes de Loisel*; le *Code Marillac*, sous Louis XIII, vulgairement appelé *Code Michaud*; les *Arrêtés de Lamoignon*; les Ordonnances de 1731, sur les *donations*; de 1735, sur les *testaments*; de 1737, sur les *substitutions*; de 1771, sur les *hypothèques*, qui généralisaient et uniformisaient la législation sur les matières qu'elles avaient pour objet. — Nous ne parlons pas ici des Ordonnances de Louis XIV, de 1667, sur la *procédure civile*; de 1669, sur le *régime des eaux et forêts*; de 1670, sur l'*instruction criminelle*; de 1673, sur le *commerce*; de 1681, sur la *marine*, qui sont de véritables Codes, mais qui n'ont pas pour objet le droit civil proprement dit.]

[3] Les jurisconsultes français qui ont écrit sur le droit romain, ceux surtout qui vivaient dans les pays coutumiers, en ont toujours éclairé les principes par les lumières du droit naturel et primitif. [Aussi les ouvrages de Domat, de d'Aguesseau, de Pothier, sont-ils la source à laquelle ont le plus largement puisé les rédacteurs du Code civil.]

[4] Montesquieu, *De l'Esprit des lois*; Linguet, *Théorie des lois civiles*; Filangieri, *la Science de la législation*. [Les idées de Montesquieu se retrouvent dans plusieurs des travaux préparatoires du Code civil, principalement dans le discours préliminaire qui est l'œuvre de Portalis.]

politiques et sociales de l'ancienne France. Elle ne devait pas respecter l'ancien droit civil qui était en opposition formelle avec les principes fondamentaux de la Révolution, avec l'unité de l'Etat, la séparation de l'Etat et de l'Eglise, l'égalité des droits, la suppression du régime féodal. Aussi plusieurs lois de cette période furent-elles précisément dirigées contre le droit civil antérieur, notamment contre les anciennes règles sur le mariage, la puissance paternelle, les successions et la propriété. On voulait, en général, tout créer à nouveau et tout faire à nouveau ; et cependant, quand on touche au droit civil, il ne suffit pas de détruire, il faut encore pouvoir réédifier immédiatement. Or, la difficulté des circonstances était telle qu'on dut se contenter de remplacer de suite par d'autres dispositions les dispositions de l'ancien droit civil qui se trouvaient en désaccord avec le nouvel ordre de choses.

Le droit civil ne se composa donc bientôt que de fragments difficiles à concilier. On avait supprimé les priviléges des provinces et donné une nouvelle division territoriale au pays; et cependant on avait laissé subsister la division de la France en pays de droit coutumier et en pays de droit écrit. Un nouveau Code pouvait seul apporter la lumière et l'ordre dans ce chaos.

L'Assemblée constituante ne put, à raison des circonstances, donner elle-même un Code à l'Etat régénéré, bien qu'elle eût déclaré, dans la Constitution de 1791, *qu'il serait fait un Code de lois civiles communes à tout le royaume.*

L'Assemblée législative, qui remplaça l'Assemblée constituante, poursuivit un tout autre but que celui de consolider la Constitution et de faire profiter le pays des résultats d'une législation uniforme.

Ce fut la Convention qui s'occupa du projet de rédiger un nouveau Code civil pour la France, seul moyen de renouveler et de rajeunir la France devenue République. La Commission législative de la Convention fut chargée d'en préparer le projet, et Cambacérès présenta, à la séance du 9 août 1793, un projet de Code civil, qui était presque en entier son œuvre [1]. Ce projet, tout complet qu'il fût, n'obtint pas l'approbation de l'Assemblée. On croyait y retrouver encore à un trop haut degré le droit civil du passé. On y eût désiré de nouvelles idées, de grands et utiles principes, comme cela convenait à la France nouvelle. Et cependant, rien ne fait mieux ressortir le caractère de l'époque que la comparaison de ce projet avec le Code Napoléon. La ma-

[1] Durand de Maillane, *Plan de Code civil et uniforme pour toute la République française*; Cambacérès, *Projet de Code civil présenté à la Convention nationale le 9 août* 1793.

tière du mariage, de la puissance paternelle, des successions, est entièrement rédigée suivant l'esprit qui dominait alors. On résolut néanmoins d'instituer une Commission de philosophes, chargée d'exécuter l'entreprise, en entrant davantage encore dans les idées nouvelles ; mais cette décision n'eut pas de suite.

Après la chute du régime de la Terreur, au 9 thermidor an II, le travail fut repris, mais sans plus de succès. Un nouveau rapport sur la publication d'un Code civil fut encore présenté à la Convention, le 23 fructidor an II, par Cambacérès[2] ; quelques articles de ce Code furent même décrétés ; mais d'autres nécessités plus impérieuses s'opposèrent à la continuation de ce travail.

Lorsque la Constitution de l'an III, qui instituait le gouvernement directorial, eut laissé entrevoir des temps plus calmes, on remit la main à l'œuvre. Un nouveau projet, en grande partie semblable à celui de 1793, fut encore présenté, le 24 prairial an IV, par Cambacérès[3], au Conseil des Cinq-Cents. Cambacérès étant sorti en l'an V du Conseil des Cinq-Cents, et les rapports politiques des deux Conseils devenant de plus en plus délicats, la reprise de ce travail si souvent essayé fut encore interrompue.

Telle était la situation, lorsque l'élévation de Napoléon Bonaparte à la dignité de Premier Consul inaugura pour la France un nouvel ordre de choses.

§ 10. *Rédaction du Code Napoléon.*

La loi du 19 brumaire an VIII, qui instituait le gouvernement consulaire, annonçait en même temps la publication prochaine d'un Code civil, et ce gouvernement venait à peine de procéder à son organisation définitive lorsqu'on commença les travaux préparatoires qui devaient aboutir à la rédaction et à la publication immédiate du Code Napoléon.

Le 24 thermidor an VIII, les consuls, qui avaient alors l'initiative en matière de législation, nommèrent une Commission chargée de préparer un Code civil. Les membres de cette Commission étaient : Tronchet, président du tribunal de cassation ; Portalis, commissaire du gouvernement près le Conseil des prises ; Bigot de Préameneu, commissaire du gouvernement près le tribunal de cassation, et Malleville, juge au même tribunal. Ces commissaires

[2] Cambacérès, *Rapport sur le Code civil.*

[3] Cambacérès, *Projet de Code civil présenté au Conseil des Cinq-Cents au nom de la Commission de classification des lois.* [Paris, imprimerie nationale, messidor an IV.]

se partagèrent le travail d'après l'ordre des matières. A certains jours déterminés, la Commission se réunissait chez Tronchet, son président, et dans chaque réunion le travail des différents membres était lu et examiné. En quatre mois le projet fut terminé, et, le 1er pluviôse an IX, il était imprimé[1].

Le projet fut communiqué au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel pour avoir leurs observations[2]. Leur réponse ne se fit pas attendre, et dans cette même année, c'est-à-dire en l'an IX, le projet, approuvé par ces différents Corps, put être soumis au Conseil d'Etat. Chaque titre passait à l'examen de la section de législation du Conseil d'Etat, en présence des membres de la Commission ; — et, après avoir subi les changements reconnus nécessaires par la majorité des membres de la section, était voté par elle ; puis imprimé et distribué à tous les membres du Conseil d'Etat. Alors seulement la délibération s'engageait dans la réunion générale du Conseil, sous la présidence du premier Consul[3] ou sous celle du consul Cambacérès ; et chaque titre, à mesure qu'il avait été agréé dans la section, était tantôt voté par le Conseil d'Etat, avec des changements plus ou moins considérables, tantôt renvoyé à la section pour un nouveau remaniement ou une nouvelle rédaction. Les membres de la Commission assistaient à la discussion du Conseil d'Etat. Les titres définitivement adoptés par le Conseil d'Etat étaient portés, comme projets de loi, au Corps législatif, où des orateurs du gouvernement présentaient l'exposé des motifs. Le Corps législatif renvoyait, conformément à la Constitution, ces projets de loi au Tribunat qui, ensuite, au jour désigné par le Corps législatif, se prononçait par l'organe d'un orateur pris dans son sein pour l'adoption ou pour le rejet du projet[4], sans qu'aucun amendement pût être introduit dans cette discussion.

Après avoir entendu les conclusions du Tribunat et les nouvelles observations que les Commissaires du gouvernement jugeaient à propos de présenter, le Corps législatif votait le projet

[1] *Projet de Code civil présenté par la Commission nommée par le gouvernement*, le 24 thermidor an VIII.

[2] *Observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation sur le projet de Code civil. — Conférence des observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code civil. — Analyse des observations des tribunaux d'appel et du tribunal de cassation, rapprochées du texte.*

[3] *Les Archives de législation* de Gœnner, t. 2, contiennent un Mémoire intéressant sur l'influence personnelle de Napoléon sur le Code civil.

[4] *Procès-verbaux du Conseil d'Etat, contenant la discussion du Code civil.* V. Locré, *Législation civile, commerciale et criminelle de la France* ; Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires, ou motifs du Code civil* ; Favard, *Motifs et discours prononcés lors de la publication du Code civil.*

de loi ou le repoussait au scrutin secret, et sans délibération préalable, suivant le vœu de la Constitution.

C'est ainsi que dans le cours de l'an X, et vers la fin de 1801, trois projets de loi se rapportant au Code Napoléon et qui maintenant, sauf quelques modifications, forment le titre préliminaire et le commencement du premier livre, furent successivement portés par le gouvernement au Corps législatif ; mais cette assemblée ayant rejeté, sur la proposition du Tribunat, celui des trois projets de loi qui lui avait été soumis le premier, et le Tribunat ayant, de son côté, pris la résolution de conclure au rejet du second, à raison du rétablissement du droit d'aubaine et des dispositions sur la mort civile, le gouvernement retira, par un arrêté du 3 janvier 1802, tous les projets de loi relatifs au Code civil.

L'exécution du projet de donner un Code civil à la nation française parut ajournée pour longtemps. « Le temps n'est pas encore venu, disait le message adressé au Corps législatif, à l'occasion du retrait de ces projets de lois, où l'on portera, dans ces grandes discussions, le calme et l'unité d'intention qu'elles demandent. » Mais le besoin d'un Code civil était si pressant que le temps d'arrêt fut de courte durée. Le Corps législatif et le Tribunat ayant été renouvelés par tiers, et le Tribunat ayant été de plus réduit à cinquante membres par le sénatus-consulte du 16 thermidor an X, on reprit l'œuvre avant la fin de l'an X. En l'an XI et en l'an XII (1803 et 1804), les différents titres dont se compose actuellement le Code Napoléon furent successivement décrétés par le Corps législatif, à la suite des propositions émanées du gouvernement. Le mode de préparation, de délibération et de vote suivi pour ces différents projets fut le même que pour les premiers titres du Code. La seule différence consistait en ce que chaque projet de loi, avant d'être présenté au Corps législatif, était communiqué officieusement à la section de législation du Tribunat : les observations que la section faisait, soit par écrit, soit verbalement dans les conférences établies entre les membres de la section et ceux du Conseil d'État sur les projets communiqués, exercèrent une grande influence sur la rédaction définitive du Code civil.

Enfin, la loi du 30 ventôse an XII disposa que toutes les lois qui, *bien* qu'originairement destinées à former le Code civil, n'avaient cependant été promulguées que successivement et à différentes époques, seraient réunies en un seul tout, sous le nom de *Code civil des Français*.

§ 11. *Nouvelle édition du Code.*

Lorsque, en 1804, l'Empire remplaça la République, il fallut apporter au Code civil les changements commandés par le nouvel ordre de choses. Par suite, le 24 août 1807, le gouvernement présenta au Corps législatif une nouvelle édition du Code civil, et, le 3 septembre de la même année, cette édition fut décrétée. Les changements opérés alors portent plutôt sur les mots que sur le fond des choses[1]. Le Code civil prit le nom de Code Napoléon. Aux expressions qui se rapportaient à la constitution républicaine, il en fut substitué d'autres en rapport avec la constitution monarchique. V., par ex., art. 1 et 980[2]. A cela près, les dispositions du Code Napoléon ne subirent, sous l'Empire, aucune modification importante, sauf cependant celle résultant de l'institution des majorats ; et le nombre des lois rendues dans cette période, pour éclairer ou compléter le Code Napoléon, est peu considérable[3].

§ 12. *Histoire du Code sous le gouvernement royal, la République de* 1848, *et le nouveau régime impérial.*

A la Restauration, le Code Napoléon fut formellement conservé sous le nom de Code civil, par l'art. 68 de la Charte de 1814. [Une ordonnance du 17 juillet 1816 supprima seulement dans le Code toutes les dénominations et formules qui rappelaient le gouvernement impérial.] L'art. 59 de la Charte de 1830 a également consacré son existence. Cependant, dans plusieurs circonstances, des lois postérieures ont modifié d'une manière notable son système

[1] Il y eut très-peu d'additions et de retranchements. Ils sont indiqués dans Locré, *Esprit du Code Napoléon*. [Voici les points sur lesquels portent les modifications introduites, sous l'Empire, soit par la loi du 3 sept. 1807, soit par les lois postérieures : le § 3 de l'art. 17, privant de la qualité de Français celui qui s'affilie à une corporation étrangère exigeant des distinctions de naissance, est abrogé ;—l'art. 427 qui dispense de la tutelle certains fonctionnaires ou dignitaires est modifié, V. liv. 1er, tit. 10 et 11;— les art. 457 et 458 sur la faculté d'aliénation des rentes appartenant à des mineurs sont modifiés par le décret du 24 mars 1806, V. *ibid.*; — l'art. 896, prohibitif des substitutions, est partiellement abrogé par le décret du 30 mars 1804 et le sénatus-consulte du 14 août suivant, V. liv. 3, tit. 2 ; — l'art. 1907 a été complété par la loi sur l'intérêt de l'argent, V. liv. 3, tit. 10; — l'art. 2123 sur l'inscription des hypothèques judiciaires a été complété, V. liv. 3, tit. 18; — l'art. 2148 a été expliqué par une loi du 4 sept. 1807, V. *ibid.*; — l'art. 2166 a été profondément modifié par l'art. 834 Pr., V. *ibid.*; — l'art. 2110 est également modifié par la loi du 14 nov. 1808, V. liv. 3, tit. 19; — enfin l'art. 2261 qui supposait l'existence du calendrier républicain est abrogé et remplacé par la deuxième partie de l'art. 2260.]

[2] [Dans l'art. 1er, le mot *empereur* a été substitué à ceux de *premier consul* ; dans l'art. 539, le mot *nation* a été remplacé par ceux de *domaine public* ; dans l'art. 980, le mot *républicole* a été remplacé par ceux-ci : *sujet de l'Empereur*.]

[3] [V. la note 1, *suprà*.]

originaire. C'est ce qui a eu lieu notamment par la loi du 8 mai 1816, qui abolit le divorce; par celle du 14 juillet 1819, qui abolit le droit d'aubaine; par celle du 17 mai 1826, sur les substitutions[1]; [par celle du 21 mars 1832, sur le recrutement, qui modifie l'art. 374; par celle du 16 avril 1832 qui, contrairement à l'art. 164, permet le mariage entre beau-frère et belle-sœur; par la loi du 12 mai 1835, qui interdit les majorats; par la loi du 18 juillet 1837, qui modifie les art. 910 et 937, sur l'acceptation des donations et legs faits aux communes ou établissements d'utilité publique, et l'art. 2045, sur les transactions qui les intéressent; par la loi du 20 mai 1838, modificative des art. 1644 et 1648 sur les vices rédhibitoires; par la loi du 30 juin 1838, sur les aliénés; par la loi du 17 janvier 1849, sur les substitutions; par la loi du 22 mars 1849, qui modifie l'art. 9 sur la naturalisation des étrangers; par la loi du 13 novembre suivant, sur la naturalisation des étrangers; par la loi du 17 juin 1850, sur la publicité des contrats de mariage; par la loi du 15 novembre 1850, sur le désaveu de paternité, en cas de séparation de corps; par la loi du 22 janvier 1851, sur la naturalisation des étrangers nés en France; par le décret du 28 février 1852, sur les Sociétés de crédit foncier, modificatif des dispositions sur les hypothèques. Enfin, un décret du 27 mars 1852 a restitué au Code civil la dénomination de Code Napoléon.]

§ 13. *Effets du Code Napoléon sur les lois françaises antérieures.*

Relativement aux lois antérieures, l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an XII contient la disposition suivante: « A compter du jour où ces lois (celles qui composent le Code civil) sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière, dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent Code. » Il suit de là que toutes les lois antérieures, quelles qu'elles soient, sont abrogées par le Code Napoléon, non-seulement en tant qu'il contient des dispositions qui sont directement ou par voie de conséquence en opposition avec ces lois, mais encore par cela seul qu'une matière a été traitée systématiquement dans le Code Napoléon, ou appartient au droit civil général[1], à moins que le Code lui-même ne renvoie aux

[1] [Cette loi a été abrogée par une loi récente du 17 janvier 1849, qui abolit en même temps les majorats.]

[1] [V. en ce sens, Pau, 20 mars 1822, et Foucart, 1, n. 84. — Il en est ainsi alors même qu'il s'agit d'un cas non prévu par le Code, et bien que la disposition de la loi ancienne soit compatible avec le système nouveau, Nîmes, 21 févr. 1821. — Mais le Code n'a pas

lois antérieures[2]. Ainsi le droit romain n'a plus force de loi ; il n'a que la valeur qui lui est accordée en l'absence de dispositions légales positives, en tant qu'il s'accorde avec le droit philosophique, ou, suivant les expressions des jurisconsultes français, comme raison écrite, *ratio scripta*[3]. On ne peut donc se faire un moyen de cassation de la violation ou de la fausse application d'une disposition du droit romain[4]. Quant aux anciennes lois qui n'ont pas pour objet le droit civil, mais seulement des matières spéciales et qui constituent un *jus civile speciale*, elles ne sont abrogées par le Code civil qu'autant que leurs dispositions sont directement, ou par voie de conséquence, en opposition avec son contenu[5].

§ 14. *Des sources du Code Napoléon.*

Les sources principales du Code Napoléon sont :

1° Les coutumes, et notamment la coutume de Paris, spécialement pour la théorie des servitudes légales des bâtiments, et des règles en matière de succession et de communauté entre époux. Dans presque toutes les matières dans lesquelles le droit coutumier contient des dispositions qui lui sont propres, le Code Napoléon lui a donné la préférence sur le droit romain. Le droit coutumier était en effet le droit de la majorité des Français, et, dans la section de législation du Conseil d'Etat, la majorité des membres appartenait aux pays de coutumes.

2° Le droit romain, notamment pour la matière de la propriété, et pour celle des servitudes, excepté les servitudes des bâtiments. Le droit romain a encore été mis à profit pour les obligations et les contrats.

3° Les ordonnances royales, notamment pour les actes de l'état civil, les donations, les testaments et les substitutions.

4° Le droit intermédiaire, c'est-à-dire le droit postérieur à la Révolution, notamment pour la matière du mariage, de la puissance paternelle, et des priviléges et hypothèques[1].

abrogé les dispositions législatives qui appartiennent plus au droit public et politique qu'au droit privé, Cass. 1er févr. 1813. V. encore sur les effets du Code civil relativement aux lois antérieures], Colmar, 7 juin 1808 ; Chabot, *Questions transitoires*, 1, p. 3. — Pour les pays réunis à la France depuis la promulgation du Code Napoléon, on s'est demandé, à l'occasion de l'art. 1907, si les lois antérieures fixant le taux de l'intérêt étaient encore applicables ? V. en sens divers, Turin, 2 mai 1807, et Bruxelles, 10 janv. 1810.

[2] V. ci-après, § 22, [l'énumération des articles qui renvoient à des lois antérieures.]

[3] Locré, 1, introduction.

[4] Merlin, *Quest.*, v° *Cass.*, § 14.

[5] [V. Cass., 19 févr. 1813 ; 26 août 1816 ; 24 avril 1821 ; 8 août 1822 ; 14 juill. 1826 ; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 9, n. 3 ; Favard, *Rép.*, v° *Loi*, sect. 6, n. 2.]

[1] V. Dard, *Conférences du Code civil avec les lois anciennes*.

Ces éléments, empruntés à différentes sources, sont coordonnés et complétés dans le Code Napoléon, d'après certains principes arrêtés de manière à former un système complet. La partie la plus remarquable du travail est, sans contredit, celle dans laquelle le Code a suivi et pouvait suivre l'ancien droit. Cependant on ne peut se refuser à reconnaître que, dans certaines matières, on a conservé quelques dispositions particulières de l'ancien droit, bien que les principes fondamentaux dont elles découlaient n'existassent plus[2], et qui ne sont pas suffisamment en harmonie avec le droit nouveau. On pourrait adresser des critiques plus sérieuses à la partie du Code qui a pris pour point de départ le droit intermédiaire.

§ 15. *De l'esprit et de la valeur du Code Napoléon.*

L'esprit est à la fois surpris et frappé d'admiration en pensant qu'un ouvrage comme le Code Napoléon, malgré des lacunes dans quelques parties, cependant si remarquable dans son ensemble, ait pu être terminé en si peu de temps.

On ne saurait, sans prévention, refuser au Code Napoléon la gloire d'être dans son ensemble un modèle de rédaction et d'avoir bien observé la ligne de démarcation qui doit exister entre un Code et un ouvrage scientifique sur le droit civil[1].

Tous les Français sont, d'après le droit civil, égaux devant la loi. La loi civile est déclarée distincte des croyances religieuses de chacun et du droit ecclésiastique ; — elle doit respecter et assurer — la liberté des personnes, la liberté et la sécurité de la propriété ; elle doit se prémunir contre les conventions particulières qui, en assurant la durée de l'inégalité des positions de fortune, mettraient en danger l'égalité des droits[2]. — La loi doit prendre également des dispositions pour assurer le crédit privé. Tels sont les principes qui servent de point de départ au Code Napoléon. On ne peut attaquer avec fondement la plupart de ces principes que lorsque l'on veut substituer les avantages de quelques-uns au droit de tous. Il en est deux cependant qui peuvent être contestés : le premier, qui consacre la séparation de l'Etat et de l'Eglise, et qui a rencontré

[2] Par exemple, pourquoi faut-il que les témoins soient au nombre de sept, le notaire compris, pour la confection d'un testament mystique, quand le testateur ne sait pas signer, art. 977 ? Pourquoi le partage de la succession entre les deux lignes, art. 746, 752 ? Pourquoi les immeubles sont-ils exclus de la communauté légale, art. 1404 ?

[1] On peut par cette distinction répondre aux reproches élevés contre l'insuffisance du Code Napoléon. Il faut reconnaître cependant que quelques parties auraient besoin de plus de développement, par exemple, ce qui touche les enfants naturels et le mariage.

[2] V. art. 896, 913.

en France et ailleurs beaucoup d'opposition ; le second qui, inspiré par l'esprit démocratique, restreint, quant au droit de disposer, la liberté de chacun au profit de la liberté publique, question qui se rattache aux problèmes les plus délicats de la politique. Toutefois, il faut juger un ouvrage d'après les principes sur lesquels il repose : *Contra negantem principia non est disputandum*. Souvent aussi il arrive de critiquer le Code, parce qu'on oublie que, depuis sa promulgation, la science a fait des progrès.

Il ne faut pas refuser aux hommes qui ont mis la main au Code ce témoignage qu'ils sont restés fidèles aux principes posés, dans les conséquences qu'ils en tiraient : la preuve en serait surabondante. A cet égard, on n'a jamais adressé de reproches au Code. La seule question est de savoir si ces principes n'ont pas été poussés trop loin dans leurs conséquences, et si le législateur a toujours suivi la route la plus propre à atteindre le but qu'il se proposait?

Le reproche d'avoir exagéré les conséquences de ses principes peut être adressé au Code Napoléon dans deux matières, où il n'a pas assez limité ses propres principes par d'autres principes d'un autre ordre. Ces deux matières sont celles du divorce et de la puissance paternelle. Ainsi, pour le divorce, les personnes même les plus portées à admettre la séparation de l'Etat et de l'Eglise n'ont pu voir sans regret l'institution du divorce par consentement mutuel : *Divortium bonâ gratiâ*. Pour la puissance paternelle, les liens en ont été relâchés au point de compromettre les intérêts les plus sacrés de l'humanité. Malleville lui-même adresse ces reproches au Code Napoléon, qui se ressent, sous ce double rapport, des idées révolutionnaires qui dominaient encore au moment de sa rédaction.

Dans deux autres matières capitales, le Code Napoléon ne paraît pas avoir tiré la meilleure conclusion de ses propres idées : dans l'ordre des successions et dans les hypothèques. Le système des successions, ainsi que le fait observer Toullier, ne repose sur aucuns principes. Quant au système hypothécaire, les nombreux écrits dont il a été l'occasion, les contestations judiciaires qu'il a engendrées, les capitaux dont il a entraîné la perte, démontrent la nécessité, pour cette partie du Code, d'une réforme assise sur de nouvelles bases[3].

[3] On sait à combien de difficultés a donné lieu l'art. 2148, et les critiques soulevées par l'art. 2135 qui dispense de l'inscription l'hypothèque des femmes et des mineurs.

SECTION III. — CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

§ 16. *Histoire et sources du Code de procédure civile.*

Le Code de procédure contient en deux parties, la première composée de cinq livres, la seconde de deux, et en 1042 articles, les règles relatives à la procédure devant les juges de paix, les tribunaux de première instance et les tribunaux d'appel, depuis réorganisés sous le nom de Cours impériales.

La loi fondamentale qui, avant la Révolution, renfermait les règles de procédure civile était l'ordonnance de Louis XIV, de 1667. Cette ordonnance avait reçu, de lois postérieures et de la *jurisprudence*, de si nombreuses modifications et additions, la *pratique* y avait fait reçonnaître tant de défauts et de lacunes, que le besoin de nouvelles règles en matière de procédure civile s'était déjà fait sentir longtemps avant la Révolution. Ce besoin devint plus pressant lorsque, pendant la Révolution, les tribunaux reçurent une nouvelle organisation. En l'an V, on essaya de répondre à ce besoin. Le projet d'un nouveau Code de procédure civile fut présenté au Conseil des Cinq-Cents, par un membre de la Commission de la classification des lois[1]. Il était encore réservé à Napoléon de mener à fin cette entreprise. Déjà, sous le gouvernement consulaire, on avait institué une Commission pour préparer le projet d'un nouveau Code de procédure. Cette Commission se composait de Treilhard, conseiller d'Etat, de Séguier, *premier président* du tribunal d'appel de Paris, de Berthereau, président du tribunal de première instance de la Seine, et de Pigeau, autrefois avocat au Châtelet. Le projet préparé par cette Commission[2] fut soumis au tribunal de cassation et aux tribunaux d'appel, et, leurs observations données[3], le projet fut préparé et discuté dans les formes suivies pour le Code civil; présenté ensuite, en 1806, en plusieurs projets de lois par le gouvernement, au Corps législatif, et adopté comme lois devant être exécutoires à partir du 1er janvier 1807, Pr., art. 1041. [Le Code de procé-

[1] Guillemot, *Projet de Code de procédure civile, présenté au Conseil des Cinq-Cents, au nom de la Commission de classification des lois*, le 2 germin. an V.

[2] *Projet de Code de procédure civile, présenté par la Commission nommée par le gouvernement*, Paris, an XII.

[3] Ces observations ont aussi été imprimées. Les observations de la Cour de cassation sur le projet de Code de procédure méritent une mention particulière. V. Sirey, t. 9, 1, 1. — La Cour de cassation proposait de présenter dans un livre spécial la théorie des actions et des exceptions et de la juridiction, en un mot les doctrines fondamentales de la procédure, et son travail contient les traits principaux de ce Code. Ce projet ne fut pas accueilli; cependant les principes qui y sont développés ont servi de base à la rédaction du Code de procédure civile.

dure a été soumis à la même révision que le Code civil, en vertu de la loi du 3 sept. 1807, et de l'ordonnance du 17 juillet 1816. Il a aussi depuis lors éprouvé des changements plus ou moins considérables ; ainsi, son art. 881 s'est trouvé abrogé par la loi abolitive du divorce ; la loi du 17 avril 1832, sur la contrainte par corps, a modifié les art. 798, 800 et 804 ; la loi du 25 mai 1838, sur les justices de paix, a touché aux art. 4, 16, 17, 20 et 821. Les modifications les plus considérables que ce Code ait reçues se trouvent dans la loi du 2 juin 1841 qui, substituée aux titres 12 et 13 de la première partie du livre 5, a changé tout le système primitif du Code en matière d'expropriation forcée, et qui a remplacé en grande partie les dispositions des titres 6, 7, 8 et 9 de la deuxième partie du même livre 5. Une loi postérieure, du 24 mai 1842, a été substituée au titre 10 de la première partie du livre 5, sur la saisie des rentes.]

Les effets du Code de procédure sur les lois antérieures relatives à la procédure civile sont, pour les matières qu'il traite tout à fait, les mêmes que ceux du Code Napoléon, sur la législation antérieure, Pr., art. 1041 [4]. Quant à la relation pratique du Code de procédure avec le Code Napoléon, elle doit se déterminer d'après les principes applicables aux lois qui ont paru à des époques différentes, et notamment d'après les deux règles suivantes : 1° *Lex posterior derogat priori;* néanmoins, comme le Code Napoléon et le Code de procédure, dans l'intention du législateur, ont dû former un tout, il faut, dans le doute, interpréter le Code de procédure de manière à concilier les dispositions du Code Napoléon avec les siennes ; 2° *Lex generalis non derogat speciali.*

Les sources du Code de procédure sont, en partie, les anciennes lois sur la procédure, et notamment l'ordonnance de 1667 [5], et, en partie, les lois rendues pendant la Révolution sur la procédure et l'organisation judiciaire. Ces sources, en même temps qu'elles ont servi à la préparation du Code, sont également des auxiliaires pour son interprétation.

§ 17. *De l'organisation judiciaire.*

[La justice est rendue en France dans les formes et selon les règles tracées par le Code de procédure :

[4] [Ainsi le Code de procédure n'est pas applicable aux matières qui, avant sa promulgation, étaient régies par des lois spéciales, telles, par exemple, les affaires de la régie de l'enregistrement, Avis Cons. d'Et. du 1er juin 1807.]

[5] Le commentaire le plus remarquable de cette ordonnance est le *Nouveau commentaire sur l'ordonnance du mois d'avril 1667*, par Jousse.

1° Par les juges de paix, chargés de concilier les parties et de juger certains différends d'une nature ou d'une importance déterminée, L. 25 mai 1838.

2° Par les tribunaux civils de première instance, investis de la plénitude de juridiction sur les affaires civiles proprement dites, et juges d'appel des sentences rendues en premier ressort par les juges de paix, L. 27 vent. an VIII ; Décr. 30 mars 1808 ; Décr. 20 avril 1810 ; Décr. 18 août 1810 ; L. 11 avril 1838.

3° Par les tribunaux de commerce, juges exceptionnels des contestations en matière commerciale, Com., art. 615 et s. Décr. 6 oct. 1809 ; Ord. 10 mars 1825 ; Ord. 17 juillet 1840.

4° Par les Cours impériales, qui jugent les appels des jugements rendus par les tribunaux civils et par les tribunaux de commerce, L. 27 vent. an VIII ; Décr. 30 mars 1808 ; Décr. 20 avril 1810 ; Décr. 6 juill. 1810.

5° Enfin par la Cour de cassation qui, dominant sur toutes ces juridictions de degrés et d'attributions diverses, a pour mission de ramener leurs décisions à l'unité de la jurisprudence et de veiller à l'exacte application des lois, Décr. 30 nov. 1790 ; Décr. 2 brum. an IV ; L. 14 brum. an V ; L. 27 vent. an VIII ; Ord. 24 août 1815.]

§ 18. *Des officiers ministériels ; des avocats ; des avocats à la Cour de cassation ; des notaires.*

[L'administration de la justice par les tribunaux de tous les degrés exige le concours de diverses sortes d'auxiliaires, les uns dont le ministère est forcé, et auxquels doivent nécessairement s'adresser les parties qui veulent obtenir accès devant les tribunaux, et qui, par ce motif, ont reçu la qualification d'officiers ministériels ; les autres dont le ministère, quoique habituel, n'est cependant pas nécessaire et obligatoire.

Les officiers ministériels sont :

1° Les avoués : ils postulent au nom des parties devant les tribunaux civils de première instance. Personne ne peut agir devant ces tribunaux soit en demandant, soit en défendant, autrement que par le ministère d'un avoué, L. 27 vent. an VIII ; L. 22 vent. an XI ; Décr. 6 juill. 1810 ; Décr. 2 juill. 1812 ; Ord. 27 fév. 1822.

2° Les huissiers : ils sont établis pour appeler les parties devant les tribunaux, et faire toutes les significations et tous les actes d'exécution nécessaires à l'administration de la justice, L. 27 vent. an VIII ; Décr. 14 juin 1813 ; Décr. 20 août 1813 ; Ord. 26 juin 1822 ; Ord. 6 oct. 1832.

Les avocats qui prêtent aux parties le secours de leurs conseils et de leur parole ne sont pas des officiers ministériels; ils ne sont pas non plus des fonctionnaires publics. Ils exercent une profession libre, quoique réglementée; libre en ce qui les concerne, puisqu'ils peuvent refuser leur ministère; libre quant aux parties qui peuvent se dispenser d'y avoir recours, L. 22 vent. an XII; Décr. 14 déc. 1810; Décr. 2 juill. 1812; Ord. 20 nov. 1822; Ord. 27 août 1830; Ord. 30 mars 1835.

Il y a près de la Cour de cassation un collége d'avocats dont le ministère est forcé, puisqu'on ne peut se pourvoir en cassation que par leur intermédiaire; sous ce rapport, on doit les considérer comme des officiers ministériels; mais, d'un autre côté, par les plus importantes de leurs attributions, qui sont le conseil et la parole, ils sont surtout et principalement des avocats, Règl. du 28 juin 1738; L. 27 vent. an VIII; Décr. 25 juin 1806; Ord. 10 sept. 1817.

En dehors de ces auxiliaires de la justice, qui occupent, instrumentent ou plaident devant les tribunaux, il y a des fonctionnaires qui, sans concourir précisément à l'administration de la justice, n'y sont cependant pas étrangers : ce sont les notaires, qui ont pour mission spéciale de donner l'authenticité aux conventions particulières.] L'institution du notariat, réglée par la loi du 25 ventôse an XI, n'est pas organisée en France sur les mêmes bases qu'en Allemagne, où, jusqu'à la dissolution de l'empire germanique, les notaires étaient nommés médiatement ou immédiatement par l'empereur, ce qui explique comment leurs attributions furent aussi restreintes que possible par les princes régnants. En France, les notaires peuvent, pour les actes qu'ils reçoivent, comme les juges, pour les jugements qu'ils rendent, les revêtir de la forme exécutoire, qui consiste dans le mandement aux huissiers [ou agents de la force publique] de les mettre à exécution. Ces actes ont alors le caractère d'un titre paré ou exécutoire[1], c'est-à-dire qu'il n'y a lieu de recourir aux tribunaux pour leur exécution que lorsque cette exécution est l'occasion de difficultés.

[Les officiers ministériels, les avocats, les avocats à la Cour de cassation], les notaires, sont placés sous la surveillance particulière d'un pouvoir disciplinaire qui s'exerce par les Chambres de

[1] La minute, *instrumentum litteris minusculis scriptum*, est l'original de l'acte reçu par le notaire ou par tout autre officier public; l'expédition est la copie de cet acte original; et la grosse, *instrumentum litteris grossis scriptum*, est une copie revêtue de la formule exécutoire. Le notaire doit habituellement conserver l'original de l'acte qu'il reçoit, excepté dans les cas déterminés par la loi et dans lesquels l'original même est remis aux parties.

notaires [des avoués ou des huissiers, et par les Conseils de l'ordre des avocats.] Arrêté du gouvernement du 2 nivôse an XII; [Ord. 4 janv. 1843.]

SECTION IV. — CODE DE COMMERCE.

§ 19. *Histoire et sources du Code de commerce.*

Le Code de commerce comprend, dans 4 livres et 648 articles, toutes les lois relatives au commerce de terre et de mer. Il ne contient, sur la forme de procéder, que quelques règles particulières, et renvoie, pour le surplus, au Code de procédure. On peut partager en deux classes les dispositions du Code de commerce : la première comprenant les dispositions qui ne font qu'appliquer aux relations du commerce les principes généraux du droit civil ; l'autre comprenant les dispositions qui s'en éloignent à cause des intérêts spéciaux engagés dans le commerce. Ces dernières, de beaucoup les plus nombreuses, ne sont jamais applicables aux affaires civiles[1].

Les sources principales de l'ancien droit commercial français étaient deux ordonnances de Louis XIV, rédigées sous le ministère de Colbert : l'ordonnance pour le commerce de 1673 et l'ordonnance de la marine de 1681[2]. Elles sont également les sources principales du Code de commerce.

Cette partie du droit français avait, comme les autres, besoin d'une révision depuis que la Révolution avait modifié ou détruit un grand nombre d'institutions en rapport avec le droit commercial, et avait donné une nouvelle organisation aux autres parties du droit civil. Dans ce but, les consuls nommèrent, le 13 germinal an IX, une Commission de sept personnes, jurisconsultes ou hommes d'affaires, avec la mission de préparer un nouveau Code de commerce. La Commission présenta, la même année, son

[1] Ainsi, les dispositions relatives à l'état de faillite ou cessation de payement d'un commerçant ne sont pas applicables à la déconfiture, c'est-à-dire à la cessation de payement d'un non-commerçant, Nancy, 5 nov. 1811 ; Cass., 11 févr. 1812; Duranton, t. 2, n. 431 ; [Bordeaux, 17 août 1848, S. V. 49, 2, 46. Il est certain que les dispositions du Code de commerce ne sont pas applicables aux affaires civiles. Mais l'application du Code civil aux affaires commerciales soulève des questions fort complexes et d'une grande difficulté, bien qu'en principe le Code civil, étant le droit commun, soit le complément naturel du Code de commerce. V. Massé, 1, n. 63, 81 et s., et 4, n. 11 et s.]

[2] Boutaric, *Explication de l'ord. de Louis XIV concernant le commerce;* Jousse, *Commentaire sur l'ordonnance de commerce du mois de mars* 1673, nouv. édit. avec observ. par Bécane; [Bornier, *Conférence des ordonnances*]; Valin, *Nouveau Commentaire sur l'ordonnance de la marine.* Le Code de commerce a beaucoup emprunté à ce remarquable ouvrage, dont Bécane a donné une nouvelle édition en 1828.

travail terminé au gouvernement[3]. Le projet fut communiqué aux tribunaux de commerce et aux Chambres de commerce, aux tribunaux d'appel et au tribunal de cassation. Les observations de ces corps recueillies[4], on suivit en tout, pour la rédaction finale, pour la discussion et la publication du Code de commerce, les mêmes formes que celles précédemment décrites pour le Code Napoléon[5]. Les diverses parties dont se compose le Code de commerce furent successivement décrétées dans le cours de l'année 1807, et une loi du 15 septembre de la même année le rendit exécutoire à partir du 1er janvier 1808. La même loi règle, par son art. 2, le rapport du Code de commerce avec les lois commerciales antérieures. Il y est dit : « A dater dudit jour, toutes les « anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles « il est statué par le Code de commerce sont abrogées[6]. » [Depuis sa promulgation, le Code de commerce a reçu plusieurs modifications. La loi du 19 mars 1817 a complété les art. 115 et 160; la loi du 31 mars 1833 a également complété les art. 42 et 46; la loi du 20 mai 1838, sur *les Faillites*, a remplacé le livre 3e du Code, et modifié les art. 13, 69 et 635; la loi du 3 mars 1840 a modifié les art. 617, 622, 623, 627, 639 et 646; la loi du 14 juin 1841 modifie les art. 216, 234 et 298; enfin une ordonnance du 31 janvier 1841 a prescrit une nouvelle édition du Code de commerce.]

SECTION V. — CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE ET CODE PÉNAL.

§ 20. *Histoire et sources de ces deux Codes.*

Le droit criminel français, qui se compose des deux Codes cités en tête de ce paragraphe, contient, d'une part, les dispositions d'après lesquelles les crimes, les délits et les contraventions doi-

[3] *Projet du Code de com. présenté aux consuls de la Répub. franç.*. le 13 frim. an X, par le ministre de l'intérieur au nom d'une Commission nommée par le gouvernement le 13 germ. an IX.

[4] *Observations des tribunaux de cassation et d'appel, des tribunaux et conseils de commerce sur le projet du Code de com.; — Observations de la Chambre de commerce de Paris sur le projet de Code de com.; — Révision du projet de Code de commerce, précédé de l'analyse raisonnée des observations du trib. de cass., des trib. d'appel, etc., par les membres de la Commission du Code de com.*

[5] Locré, *Esprit du Code de commerce.*

[6] Il est à remarquer que l'article qui abroge les lois commerciales précédemment en vigueur maintient les usages en tant qu'ils ne sont pas contraires aux dispositions du Code de commerce. V. Avis du Cons. d'Et. du 13 déc 1811. Il n'en est pas de même pour le Code Napoléon et pour le Code de proc civ. V. ci-dessus §§ 14 et 17. [Sur l'autorité des usages commerciaux, V. Massé, 1, n. 81 et s., et 4, n. 11 et s.]

vent être punis[1], c'est le Code pénal ; d'autre part, les règles à suivre dans la poursuite judiciaire qui doit avoir pour résultat l'application de ces dispositions aux espèces, c'est le Code d'instruction criminelle.

Avant la Révolution, la France n'avait aucun Code pénal général. Les lois pénales existantes au moment de la Révolution se rapportaient, par leur origine et leur esprit, à différentes époques et étaient très-incomplètes[2]. Pendant la Révolution, cette partie de la législation fut, comme les autres, complétement bouleversée ; et, sous l'influence des vues plus philanthropiques que la philosophie avait précédemment répandues en France comme ailleurs sur le droit pénal, et aussi, du moins pendant quelque temps, sous l'influence des principes révolutionnaires, la France reçut même pendant la Révolution un Code pénal qui embrassait aussi bien la partie théorique du droit pénal (Code pén. du 25 sept. 1791) que la partie pratique (Code des délits et des peines du 3 brum. an IV), et qui, considéré dans son ensemble, était comparativement conçu dans un esprit beaucoup plus doux que les lois antérieures[3]. Cependant les lois pénales intermédiaires avaient besoin d'être revues et améliorées ; les changements qui, dans la suite, furent faits à la constitution de l'Etat rendaient cette révision encore plus nécessaire. Le gouvernement nomma, en l'an XII, une Commission pour préparer un nouveau Code pénal. Les membres de cette Commission étaient : Viellard, Target, Oudard, Treilhard et Blondel[4]. Leur travail fut soumis aux observations des tribunaux[5], et on suivit, en général, pour la délibération et le mode de décréter le Code pénal, la marche adoptée pour les autres Codes. Le Code d'instruction criminelle fut décrété par le Corps législatif, dans la

[1] Le Code pénal distingue : 1° les *crimes* que la loi punit de peine afflictive et infamante : la connaissance en est attribuée aux Cours d'assises ; 2° les *délits* que la loi punit de peines correctionnelles : la connaissance en est attribuée aux tribunaux de première instance jugeant comme tribunaux de police correctionnelle ; 3° les *contraventions* que la loi punit d'une peine de police : la connaissance en est attribuée aux tribunaux de simple police, c'est-à-dire aux juges de paix, Pén., art. 1. Le mot *délit*, *sensu lato*, embrasse et comprend toutes les infractions à la loi pénale. V. par exemple, I. cr., art. 22, 27, 41, 91.—Au point de vue du droit civil, V. pour la signification du mot *délit*, la théorie des quasi-délits.

[2] Sur le droit criminel antérieur à la Révolution. V. Jousse, *Traité de la justice criminelle de France* ; Rousseau de Lacombe, *Traité des matières criminelles* ; Muyart de Vouglans, *Les lois criminelles de France dans leur ordre naturel.*

[3] *Code crim. de la Rép. fr., ou recueil complet de toutes les lois composant la législation crim., etc.*

[4] *Projet de Code crim., correct. et de police, présenté par la Commission nommée par le gouvernement.*

[5] *Observations des tribunaux d'appel sur le projet de Code crim. — Observations des tribunaux crim. sur le projet de Code crim.*

session de 1809, et le Code pénal dans la session de 1810. Ces deux Codes ne furent déclarés exécutoires qu'à partir du 1er janvier 1811. V. Décr. des 17 déc. 1809 et 13 mars 1810. Ils ont pris pour point de départ le droit intermédiaire, bien que pour quelques matières et quelques dispositions ils reviennent à l'ancien droit. Ils ont reçu, notamment par la loi du 28 avril 1832, d'importantes améliorations.

CHAPITRE III.

DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

§ 21. *De l'objet du droit civil français.*

L'objet du droit civil, en général, et spécialement du droit civil français, est de limiter par des conditions la liberté naturelle des citoyens les uns vis-à-vis des autres; à ces conditions, la liberté de chacun est compatible avec celle de tous. Cependant le droit civil français, comme les Codes civils des autres Etats, renferme un grand nombre de dispositions qui tiennent principalement à la police de l'Etat et à l'ordre public.

§ 22. *Droit écrit. — Droit non écrit*[1].

Le droit civil est ou écrit ou non écrit, suivant qu'il repose sur une déclaration expresse ou sur une déclaration tacite du législateur. Toute règle que le législateur a tacitement consacrée, qui prescrit leurs devoirs aux citoyens et qui les oblige comme une loi expressément sanctionnée, est appelée *coutume*, *consuetudo*.

Il faut, pour caractériser une coutume, trois conditions : il faut d'abord qu'une certaine disposition ait été observée comme loi[2] pendant un temps plus ou moins long[3], et cela notoirement[4]; ensuite, que cette observation ait été publique[5], pour que le législateur ait pu la désapprouver; enfin, que cette observation n'ait été désapprouvée ni expressément, ni tacitement

[1] Ces divisions et les suivantes, appliquées au droit civil, sont aussi applicables aux autres parties du droit.

[2] *Opinione juris vel necessitatis*. La jurisprudence n'est pas un droit coutumier, car le juge ne doit prêter à la loi un sens déterminé, qu'autant que ce sens lui paraît être le sens le plus juridique.

[3] *Actus plures, diuturnitas temporis*. Le droit français, pas plus que le droit romain ou le droit canon, ne demande que la coutume ait duré pendant un temps suffisant pour prescrire.

[4] La preuve doit être faite soit par témoins, soit par écrit, Bourges, 16 nov. 1830; S. V. 31, 2, 152; Poitiers, 27 nov. 1833, S. V., 34, 2, 165. — Les actes de notoriété ne peuvent tenir lieu de preuves, Pigeau, 1. p. 358; Merlin, *Rép.*, v° *Notoriété;* Merlin, *Rép.*, v° *Acte de notoriété*.

[5] *Actus palàm editi*.

par le législateur[6]. Dans les affaires civiles qui doivent être jugées d'après l'ancien droit, le juge est tenu de continuer à respecter les anciennes coutumes; mais, pour les contestations nées sous l'empire du nouveau droit, il ne peut prendre les coutumes pour base de ses décisions que dans les cas où la loi, par une disposition expresse, renvoie aux coutumes, V. art. 590, 591, 593, 663, 671, 674, 1135, 1159, 1648, 1736, 1753, 1754, 1758, 1759, 1762[7], et dans les affaires de commerce[8].

De même une loi ne peut plus actuellement être abrogée par le non-usage, *per desuetudinem;* et le législateur a repoussé à l'avance les coutumes qui, depuis l'introduction des nouveaux Codes, pourraient se former contre le droit écrit[9].

§ 23. — *Droit civil théorique. — Droit civil pratique.*

Le droit civil théorique détermine ce qu'un homme est autorisé à exiger d'un autre homme, en vertu des lois civiles. Le droit pratique règle la poursuite des droits qui, d'après ces mêmes lois, appartiennent à un homme; il indique les moyens par lesquels ces droits peuvent être exercés, et trace la marche à suivre, ou la procédure, pour l'emploi de ces moyens. En d'autres termes, la pratique du droit est l'application des principes aux espèces particulières.

Le droit civil théorique est le but de ce livre : le droit civil pratique n'y sera abordé que dans les parties où le Code civil s'occupe lui-même du droit pratique.

[6] V. sur les conditions de la validité d'un usage de *droit*, Toullier, 1, p. 158. Le droit français ne s'explique pas sur ces conditions, et Toullier expose la théorie de cette matière d'après le droit romain.

[7] [Dans les cas de cette espèce, si le juge, après avoir reconnu l'usage, refuse de s'y conformer, il y a violation de la loi qui se réfère à l'usage, et conséquemment ouverture à cassation. Mais dans tous les autres cas, la violation de l'usage ou la déclaration du juge sur l'existence ou la non-existence de l'usage ne peut donner ouverture à cassation, Cass., 23 janv. 1816; 14 août 1817; 15 janv. 1812; 22 févr. 1814; 11 juin 1825; 3 juill. 1844, S. V., 44, 1, 667.]

[8] [Pas plus en matière commerciale qu'en matière civile, la violation de l'usage n'équivaut à la violation de la loi, si cet usage n'est consacré par aucune loi, Cass., 15 janv. 1812 et 14 août 1817.]

[9] La jurisprudence ancienne admettait qu'une loi pouvait être modifiée par la tradition ou tomber en désuétude, Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. 1, § 5, n. 4, et v° *Désuétude*. V. Cass., 9 nov. 1814 et 15 janv. 1818. [Aujourd'hui, l'usage ou la désuétude ne peuvent abroger la loi, Nancy, 26 juin 1826; Cass., 30 juin 1827; 3 oct. 1828; 5 mars 1829; 24 sept. 1830; 25 janv. 1841, S. V., 41, 1, 105, et 16 nov. 1841, S. V., 42, 1, 128; Foucart, 1, n. 81 et suiv.; Berriat, *Comm. de la Charte*, p. 125; Demolombe, 1, n. 35 et 130; Marcadé, *Cours de Droit civil*, sur l'art. 1; Lagrange, *Examen crit. du cours élém. de Duranton*, p. 74. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. 1, § 5, et v° *Usage*, § 2, n. 3; Toullier, 1, n. 160 et s.; Duranton, 1, n. 107 et s.; Trolley, 1, n. 14.]

D'après les jurisconsultes romains, le droit et les lois ont trois objets : *Personæ*, *res*, *actiones*[1]. [Cette division qui fait rentrer le droit pratique, *actiones*, dans une de ses parties, a été suivie par le Code civil qui traite d'abord des personnes, ensuite des biens, et, en troisième lieu, des différentes manières d'acquérir la propriété ; mais qui a cependant donné à cette division un sens plus théorique que pratique, en traitant dans la troisième partie bien moins des actions que des droits ou des contrats qui leur servent de base.

C'est dans l'ordre adopté par le Code que seront exposées dans ce livre les matières dont il traite[2].]

CHAPITRE IV.

DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES LOIS CIVILES.

§ 24. *De la promulgation et de la publication des lois*[1].

[La loi n'oblige que lorsque la promulgation en est connue ou réputée connue : *Lex non obligat nisi ritè promulgata.*]

Voici le système[2] du Code sur les conditions de la force obligatoire des lois. La loi, votée[3] par le Corps législatif, est promulguée par l'Empereur. Cette promulgation consiste dans la signature de l'ordre ou mandement d'exécution[4]. C'est cet ordre qui rend les lois exécutoires. La loi promulguée n'est cependant pas immédiatement et simultanément obligatoire[5] sur tous les points du

[1] *Omne jus quo utimur, vel ad personas pertinet, vel ad res, vel ad actiones*, § 12. *Inst. de jure nat. gent. et civ.*

[2] [V. *sup.*, dans notre Préface, les motifs qui nous ont déterminés à suivre l'ordre du Code Napoléon.]

[1] Le mot *lois* est pris dans ce § dans son sens le plus étendu. V. *sup.*, § 5.

[2] V. sur ce système, comme sur les différentes méthodes qui peuvent être observées et ont été suivies dans la promulgation des lois, les discussions, et Locré sur l'art. 1er. — V. encore Berriat St-Prix, *Recherches sur les divers modes de publication des lois depuis les Romains jusqu'à nos jours*; Favard de Langlade, *Des principes relatifs à la publication des lois*; Toullier, 1. p 59 et s.; [Demolombe, 1, n. 23 et s.; Marcadé sur l'art. 1er.]

[3] Sous la Constitution de l'an VIII, la loi prenait date du jour de son émission par le Corps législatif, aux termes d'un avis du Conseil d'État du 5 pluv. an VIII. [Mais sous les Constitutions monarchiques qui suivirent, de même que sous la Constitution impériale actuelle, la loi n'ayant d'existence que par la sanction du roi ou de l'empereur, ne prend date que du jour où elle a reçu cette sanction.]

[4] Const. de l'an VIII, art. 37; Sén.-cons. du 26 flor. an VII, tit. 15; Ch. de 1814, art. 22 ; Ch. de 1830, art. 16; [Constit. du 14 janv. 1852, art. 10.]

[5] Le parag. 1er de l'art. 1er ne contient que la condition négative, la *conditio sine quâ non* de la force obligatoire des lois. La loi est partout exécutoire avant d'être partout obligatoire. Néanmoins on ne saurait conclure de là que les particuliers, à partir de la promulgation de la loi, bien que non obligés, soient fondés à en exiger l'exécution. La loi ancienne conserve sa force obligatoire jusqu'à ce que la nouvelle doive être mise à exécution, suivant les §§ 2 et 3 de l'art.

territoire français. Sa force obligatoire ne commence dans chaque département que du moment où la loi promulguée peut y être connue. Ainsi, dans le département où est le siége du gouvernement, c'est-à-dire dans le département de la Seine, la loi promulguée est réputée connue et obligatoire un jour après celui de la promulgation [6]; et dans chacun des autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres entre le siége du gouvernement et le chef-lieu de chaque département [7], art. 1. [Ce système se reliait à l'art. 37 de la Constitution du 22 frim. an VIII, sous l'empire de laquelle le Code a été rédigé, et qui disposait que les lois seraient promulgées par le chef de l'Etat, le dixième jour après leur adoption par le Corps législatif, de telle sorte que le délai dans lequel la loi devenait exécutoire selon les différentes localités, avait un point de départ certain. Mais la Charte de 1814 ayant donné au roi le droit de sanctionner les lois, et n'ayant, par suite, déterminé aucun délai pour leur promulgation, il en est résulté que le délai imparti par l'art. 1er du Code n'avait plus de point de départ, personne ne pouvant savoir si la loi avait été promulguée, ni quand elle avait été promulguée. Pour remédier à cet état de choses, deux ordonnances royales sont intervenues, la première en date du 27 nov. 1816, la seconde en date du 18 janv. 1817, relatives l'une et l'autre à la promulgation des lois et des ordonnances royales. Aux termes de la première, la promulgation des lois et des ordonnances

1er. V. sur cette question controversée, Locré sur l'art. 1er; Delvincourt, 1, p. 14; Duranton, 1, p. 45; Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 5, note 10; Cass., 7 mars 1816 et 15 avril 1831, S. V., 31, 1, 360. [V. aussi Demolombe, 1, n. 30; Mailher de Chassat, *Interp. des lois*, p. 71 et s. — Tous ces auteurs admettent des distinctions. Voici, selon nous, ce qu'il faut décider : la connaissance de fait qu'on a d'une loi non encore promulguée n'oblige pas. — S'il s'agit d'une loi prohibitive, la notoriété en rend l'exécution facultative, puisqu'on peut toujours s'abstenir de faire une chose, lors même qu'elle n'est pas encore défendue. — S'il s'agit d'une loi prescriptive ou permissive, V. *inf.* § 51, elle ne peut être exécutée par ceux qui la connaissent de fait qu'autant que cette exécution n'est pas de nature à nuire aux tiers auxquels on ne peut opposer une loi qui ne les oblige pas. V. Massé, 1, n. 73 et s.]

[6] C'est-à-dire vingt-quatre heures après l'expiration du jour du calendrier auquel le mandement de mise à exécution de la loi a été signé par le chef de l'Etat. V. Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 5, n. 9. [En d'autres termes, un jour franc doit s'écouler entre la promulgation et l'exécution de la loi. Si donc le *Bulletin des lois* porte la date du 1er, la loi n'est exécutoire que le 3. Avis du Cons. d'Et. du 24 févr. 1817.]

[7] La distance légale de Paris aux chefs-lieux des départements est réglée par un arrêté des consuls du 25 therm. an XI, et par l'ordonnance du 12 juin 1834. Lorsque la distance dépasse 10 myriamètres et se trouve inférieure à 20 myriamètres, la fraction de moins de 10 myriamètres ne donne pas lieu à une augmentation de distance. Arg. du Sén.-cons. du 15 brum. an XIII; Delvincourt, 1, p. 185; Duranton, 1, n. 46. [Valette sur Proudhon, 1, p. 18; Marcadé, sur l'art. 1er. — *Contrà*, Cass., 16 avril 1831, S. V., 31, 1, 209; et 23 avril 1834, Dalloz, *Rec. pér.*, 31, 1, 214; Demolombe, 1, n. 27; Duvergier sur Toullier, 1, p. 44.]

résulte de leur insertion au *Bulletin des lois ;* elle est réputée connue dans le département où est le siége du gouvernement, un jour après que le *Bulletin des lois* a été reçu de l'imprimerie royale par le ministre de la justice, lequel constate sur un registre l'époque de sa réception ; et les lois et ordonnances sont exécutoires dans les autres départements après l'expiration du même délai, augmenté comme il est dit en l'art. 1er du Code. Enfin, aux termes de la seconde, quand le gouvernement juge convenable de hâter l'exécution des lois ou ordonnances, elles sont obligatoires du jour où elles sont parvenues au préfet qui en constate la réception sur un registre, et qui est incontinent tenu de prendre un arrêté par lequel il ordonne qu'elles seront affichées partout où besoin sera. Les différentes Constitutions qui se sont succédé depuis la Charte de 1814 n'ont rien changé à cet état de choses, soit qu'un délai ait été imparti pour la promulgation, comme sous la Constitution de 1848, art. 57, soit qu'aucun délai n'ait été imparti, comme sous la Constitution du 14 janv. 1852, art. 10 [8].]

La force obligatoire de la loi ainsi promulguée repose sur une présomption légale de notoriété, présomption fondée sur la publication qui a lieu par l'insertion au *Bulletin des lois*, et par l'envoi du *Bulletin* dans les départements ; elle est obligatoire sans qu'il soit nécessaire de prouver autrement la publication, et sans qu'il soit permis, pour se soustraire à son exécution, de prouver que la publication n'a pas eu lieu dans tel ou tel département [9].

§ 25. *Continuation. — Décrets impériaux. — Ordonnances royales.*

Les dispositions de l'art. 1er du Code n'étaient pas applicables aux décrets impériaux [anciens]. Ceux qui ont été insérés au *Bulletin des lois* n'ont eu force obligatoire dans chaque département que du jour où, conformément à l'art. 12 de la loi du 12 vend. an IV, le *Bulletin des lois* est parvenu au chef-lieu ; ceux qui n'ont pas été insérés au *Bulletin des lois* ont eu force obligatoire du jour où les personnes qu'ils concernaient en ont eu connaissance [1], Avis du Cons. d'Et. des 12-25 prairial an XIII.

[8] Les ordonnances de 1816 et 1817, au point de vue de la rédaction notamment, ont rencontré plusieurs objections, ainsi que le système du Code civil. V. Lagrange, 1, p. 1 et s.; Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Lois*, introd., et sect. 2, note 10.

[9] Sauf les cas de force majeure, par ex., si une partie du territoire français était occupée par l'ennemi. Toullier, 10, n. 72; [Demolombe, 1, n° 29.]

[1] Ces principes sont aussi applicables aux avis du Conseil d'Etat confirmés par l'Empereur. Il y a controverse au sujet de la force obligatoire des décrets impériaux contenant des dispositions générales et qui n'ont pas été publiés dans le *Bulletin des lois*.

La force obligatoire des ordonnances royales se détermine, quand elles ont été insérées au *Bulletin des lois*, d'après les mêmes principes que les lois. Quand elles n'ont pas été insérées au *Bulletin des lois*, il faut suivre les dispositions de l'avis du Conseil d'Etat des 12-25 prairial an XIII[2].

[Quant aux nouveaux décrets impériaux, ils sont soumis aux règles qui, sous le régime antérieur, gouvernaient les ordonnances royales[3].]

§ 26. *De l'ignorance du droit.*

On pourrait induire des principes développés aux paragraphes 24 et 25, sur la force obligatoire des lois, que nul ne peut invoquer l'ignorance de la loi pour détourner de soi un préjudice. Cependant d'autres dispositions du Code permettent d'affirmer qu'en matière civile, l'erreur de droit produit les mêmes effets que l'erreur de fait. Ainsi, par exemple, l'erreur de droit peut, aussi bien que l'erreur de fait, motiver une demande en rescision ou en nullité d'une convention ; et la répétition de ce qui a été indûment payé est également recevable, soit que le payement ait été fait par erreur de droit, soit qu'il résulte d'une erreur de fait, Arg. art. 1110, 1377, 1356 et 2052[1].

§ 27. *De l'abrogation des lois.*

Toute loi préexistante est abrogée par la loi qui la suit, soit qu'il y ait à cet égard une disposition précise dans la loi nouvelle, *abrogatio expressa*, soit qu'il y ait dans la loi nouvelle des dispositions en contradiction avec la loi ancienne, *abrogatio tacita*[1], Arg. art. 1 et 2.

Toutefois : 1° loin d'admettre la contradiction, il faut, en cas de

[2] [Il faut décider, au contraire, que les ordonnances royales ne sont exécutoires qu'autant qu'elles ont été insérées au *Bulletin des lois*. Les ordonnances de 1816 et de 1817 les plaçant sous le même régime que les lois, comme les lois, elles doivent être promulguées, Cass., 21 juin 1843, S. V., 43, 1, 645 ; et 4 août 1845, S. V., 45, 1, 716 ; Delvincourt, 1, p. 183 ; Demolombe, 1, n. 26.]

[3] [Ils ne deviennent donc obligatoires que par leur insertion au *Bulletin des lois*. V. la note qui précède.]

[1] L'argument repose sur cette règle : *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*. V. Metz, 28 nov. 1817 ; Toulouse, 19 janv. 1824 ; Besançon, 1er mars 1827 ; Grenoble, 14 juillet 1830 ; [Limoges, 8 déc. 1837, S. V., 39, 2, 27] ; Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. 2 ; Delvincourt, 2, p. 461 ; Toullier, 6, p. 58 ; Favard, v° *Erreur*, § 3-7, et *infrà*, la théorie de la *condictio indebiti*. — Sur la maxime *Error communis jus facit*, V. Merlin, *Rép.*, v° *Ignorance*, § 2, n. 9 ; v° *Témoin instrumentaire*, § 2, n. 3 et s. ; Favard, v° *Erreur*, § 12 ; Solon, *Traité des nullités*, 1, p. 370 et s. ; Cass., 28 févr. 1821 ; 25 mars 1823 ; 18 janv. 1830 et 28 juill. 1831, S. V., 32, 1, 174.

[1] [Avis Cons. d'Et. du 4 niv. an III ; Cass., 3 niv. an X ; 20 mars 1812 ; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 1, n. 1 ; Toullier, 1, n. 152 ; Duranton, I, n. 105 ; Favard, v° *Loi*, sect. 6, § 2 ; Mérilhou, *Encycl. du droit*, v° *Abrogation*, n. 14 ; Demolombe, 1, n. 124 et s. ; Marcadé, sur l'art. 1.]

doute, concilier, autant que possible, par l'interprétation, la loi ancienne et la loi nouvelle [2]. Une exception à cette règle ne pourrait être admise que dans le cas où la loi postérieure, comme plus favorable à la liberté juridique de l'individu, mériterait à ce titre une préférence particulière [3].

2° Une loi spéciale n'est pas abrogée tacitement [4] par une loi générale. Lorsqu'une loi a été abrogée dans ses dispositions principales par une loi postérieure, cette abrogation doit également s'étendre aux dispositions secondaires que contient la même loi [5].

[Une loi n'est pas abrogée tacitement par la cessation des motifs ou des circonstances qui lui avaient donné naissance : le législateur est seul juge du point de savoir si ces motifs et ces circonstances ont cessé [6].]

§ 28. *De l'effet rétroactif des lois.*

Les lois ne disposent que pour l'avenir. Elles n'ont point d'effet rétroactif [1], art. 2. En effet, ni en droit ni en fait, une loi nouvelle ne peut faire que ce qui est antérieur à sa sanction n'ait pu exister ; et ce serait une injustice de juger une partie d'après une loi qu'il lui était impossible d'observer à l'époque à laquelle se rapporte le fait à apprécier, puisque cette loi n'existait pas encore. Cependant les seuls faits à considérer comme ayant eu lieu sous l'empire de l'ancienne loi, et, par conséquent, qui soient soustraits à l'empire de la loi nouvelle, sont ceux qui, d'après la loi en vigueur au moment où ils se sont accomplis, fondent irrévocablement un droit, ou par lesquels une obligation a été irrévocablement contractée. Tout fait qui n'a pas ce caractère se trouve soumis dans ses effets juridiques au régime de la loi nouvelle, parce que

[2] L. 28, Dig., *De leg.* [C'est de l'inconciliabilité que résulte l'abrogation. Cass., 24 avril 1809; 20 oct. 1809; 20 mars 1812; 26 avril 1821; Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, n. 2; Toullier, 1, n. 156; Duranton, 1, n. 106; Demolombe, 1, n. 126.]

[3] Aux lois de cette espèce appartiennent, par exemple, quelques dispositions des Chartes de 1814 et de 1830.

[4] Merlin, *Rép.*, v° *Lois*; Favard, v° *Lois*, sect. 6, § 3; Cass., 24 avril 1809; 24 avril 1821; 8 août 1822; 14 juill. 1826.

[5] Montpellier, 21 nov. 1829.

[6] [Cass., 2 mars 1825; Demolombe, 1, n. 129. — *Contrà*, Merlin, *Quest.*, v° *Trib. d'appel*, § 3; Mérilhou, n. 15; Toullier, 1, n. 153.]

[1] L. 7, C. *De legibus*; Blondeau, sur *l'effet rétroactif des lois*, *Bibl. du barreau*, 1809, 1, p. 97, et dans la *Thémis*, 7, p. 289; Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétr.*; Chabot, *Quest. transit.*; [Meyer, *Principes sur les questions transitoires*; Duranton, 1, n. 47 et s.; Valette sur Proudhon, 1, p. 21; Marcadé, sur l'art. 2; Demolombe, 1, n. 37 et s.; Duvergier sur Toullier, 1, p. 51 et s., et Massé, 1, n. 75 et s.] Les recueils de jurisprudence présentent une multitude de décisions se rapportant à l'art. 2. [La plupart de ces décisions sont indiquées dans le Code annoté de Gilbert, sur l'art. 2, n. 6 et s.]

ces effets dépendent de la loi sous laquelle ils se manifestent. En conséquence, lorsque la législation change, les conventions qui constituent des titres de droit irrévocables [2], même en ce qui concerne leur interprétation, art. 1134, doivent être appréciées constamment selon les lois antérieures ; tandis que les testaments et autres déclarations de volonté révocables [3], ainsi que les droits qui reposent sur la loi, doivent l'être d'après les lois nouvelles. Mais comme cependant ces règles laissent, d'une part, une latitude fort grande à l'appréciation du juge, et ont besoin, d'autre part, de certaines modifications sous des rapports particuliers, soit par des raisons d'équité, soit par des motifs d'intérêt public, leur mode d'application a été déterminé dans certains cas par des lois que l'on appelle *transitoires* [4].

Le principe que les lois n'ont pas d'effet rétroactif souffre d'ailleurs exception lorsque le législateur a lui-même expressément attaché l'effet rétroactif à certaines dispositions [5]. Par contre, les lois interprétatives d'une loi antérieure rentrent, d'après l'opinion la plus rationnelle, sous l'empire du principe qui refuse aux lois tout effet rétroactif [6].

[2] Il faudrait donc, par ex., apprécier d'après le droit plus ancien, *ex legibus temporis quo obligatio contracta est :* 1° les rapports de fortune entre époux, lors même qu'il n'y a pas de contrat de mariage, la règle légale pour ces rapports devant être assimilée à une règle *stipulée*, attendu qu'elle pouvait être *modifiée ou supprimée* par les conjoints, Cass., 21 avril 1813; Poitiers, 11 déc. 1831, et Grenoble, 11 déc. 1832, S. V., 33, 2. 298 et 489; 2° l'institution d'héritier faite dans un contrat de mariage et par conséquent d'une manière irrévocable, Cass., 11 nov. 1828; 3° le prêt à intérêt, Cass., 5 mars 1834, S. V., 34, 1, 597. Mais qu'arrivera-t-il lorsqu'un contrat, irrévocable d'après la législation ancienne, a été déclaré révocable par une loi nouvelle? Cette question s'est particulièrement présentée au sujet de l'applicabilité de l'art. 1912 à des cas antérieurs : la jurisprudence s'est prononcée pour l'effet rétroactif de cet article, Cass., 6 juill. 1812; 4 nov. 1812; 18 déc. 1822; 25 nov. 1839, S. V., 40, 1, 252. [*Contrà*, Demolombe, 1, n. 55.]

[3] V. cependant, sur la loi d'après laquelle les formalités extérieures des déclarations de volonté révocables doivent être appréciées, Chabot, v° *Test.*; Merlin, *Quest.*, v° *Test.*, § 12; Cass., 3 janvier 1810. [C'est la loi sous l'empire de laquelle a été faite la déclaration de volonté révocable qui en règle la forme, puisque, sous le rapport de la forme l'acte constitue un fait consommé, Demolombe, 2, n. 49.]

[4] A cette catégorie appartiennent : 1° la loi du 25 germ. an XI, relative aux adoptions ; 2° la loi du 26 germ. an XI, relative aux divorces; 3° la loi du 14 floréal an XI, au sujet des enfants naturels. V. aussi les art. 691 et 2281.

[5] Une pareille déclaration doit, comme loi d'exception, être interprétée de la manière la plus stricte, Merlin, *Quest.*, v° *Triage*, § 1.

[6] Le projet du Code civil contenait un article qui attribuait expressément l'effet rétroactif aux lois d'interprétation. Cet article fut supprimé, parce que l'on craignit les abus qui auraient pu être faits d'un principe conçu en termes aussi généraux. Une objection plus grave à cet article, c'est que l'effet rétroactif d'une loi d'interprétation constituerait un empiétement du pouvoir législatif sur l'autorité judiciaire. L'opinion plus rationnelle qui refuse tout effet rétroactif aux lois interprétatives, sert aussi de base à la loi du 30 juillet 1828, V. *inf.*, § 37. Cette opinion a été adoptée par la Cour de cassation, le 26 juin 1827. [Cependant la Cour de cassation s'était prononcée en sens contraire le 22 brumaire an X et le

§ 29. *Des personnes et des choses soumises à la loi civile française.*

Au point de vue de la pratique, on doit se demander d'après quelle loi, en matière civile, et dans le cercle de leur compétence, les tribunaux français doivent juger [1] ?

[Il y a sur ce point deux principes. Le premier, c'est que les lois de police et de sécurité obligent tous ceux qui habitent le territoire, étrangers ou Français, art. 3, § 1. Ici le mot *loi* doit être entendu dans son sens le plus général, et comprend tous les actes obligatoires émanés des autorités compétentes [2]. La règle s'applique, non-seulement aux étrangers domiciliés et résidant en France, mais encore à ceux qui n'y sont que passagèrement [3]. Elle s'applique également aussi bien aux faits préjudiciables à un étranger qu'aux faits préjudiciables à un Français [4]. Elle ne souffre exception que pour les ambassadeurs ou autres agents diplomatiques, que leur inviolabilité soustrait à la juridiction des tribunaux français, à raison des faits punissables par eux commis [5]. Sous ce rapport, les consuls ne jouissent pas des mêmes prérogatives que les agents diplomatiques [6].]

19 oct. 1808. — Quant aux auteurs, ils se prononcent généralement dans le sens de la rétroactivité de la loi interprétative, qui n'est pas une rétroactivité proprement dite, puisque la loi interprétative ne fait que restituer à la loi interprétée le sens qu'on n'aurait jamais dû lui refuser, Toullier, 1, n. 81; Merlin, *Rép.*, v° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 1, et *Quest.*, v° *Chose jugée*, § 8; Malleville, 1, p. 9; Mailher de Chassat, 1, p. 126; Marcadé, sur l'art. 2; Demolombe, 1, n. 66; et Massé, 1, n. 77. — Quant aux lois rectificatives ou correctives, elles n'ont pas d'effet rétroactif : la rectification ou la correction n'a d'effet que pour l'avenir, et les erreurs de la loi antérieure subsistent pour le passé, Merlin, *Rép.*, *ubi sup.*; Massé, 1, n. 78. V. cependant Cass., 3 août 1812.]

[1] Le Code, d'après la maxime qu'il faut s'abstenir d'établir des règles trop générales, ne contient, sur cette question si difficile, qu'un petit nombre de dispositions particulières, principalement à l'art. 3. V. sur l'origine de cet article, Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 6. Evidemment cet article est fondé sur la division incertaine des lois en statuts réels et personnels, *statuta realia et personalia*. [Les lois qui prononcent sur l'état ou la capacité des personnes constituent le statut personnel; celles qui règlent la qualité, la transmission des biens, constituent le statut réel. — Il n'y a point de statut mixte : le caractère des statuts se détermine d'après l'objet sur lequel ils disposent principalement, aucun statut ne prononçant sur les personnes abstraction faite des choses, et sur les choses abstraction faite des personnes.] V. sur ces doctrines en général le 54e plaidoyer du chancelier d'Aguesseau; Merlin, *Rép.*, v^is *Lois* et *Statuts*; Delvincourt, sur l'art. 14; Proudhon, 1, ch. 5; Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Lois*, sect. 1re, art. 2, § 6, et sect. 4; [Froland, *Des statuts*; Boullenois, *Personn.* et *réal.* des statuts; Fœlix, *Dr. intern. priv.*, n. 19 et s.; Mailher de Chassat, *Traité des statuts*; et Massé, 2, n. 51 et s.]

[2] [Duranton, 1, n. 77; Demangeat, *Cond. des étr. en Fr.*, p. 3.]

[3] [Malleville, 1, p. 12; Duranton, 1, 77; Toullier, 1, n. 112; Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, § 1, n. 3; Massé, 2, n. 37.]

[4] [Massé, 2, n. 36.]

[5] [Vattel, *Droit des gens*, liv. 4, §§ 100 et 110; Klüber, *Droit des gens mod.*, § 211; Martens, *Précis du droit des gens*, § 216.]

[6] [Borel, *Fonctions des Consuls*, p. 39; Warden, *Etabliss. consul.*, ch. 5; Merlin, *Rép.*, v° *Consuls*, § 2; Pardessus, n. 1448; et Massé, 1, n. 439.]

Le deuxième, c'est que les tribunaux français, dans les affaires civiles, ne peuvent juger que d'après les lois françaises, alors même qu'il s'agit de conventions passées hors de France, et qu'un étranger s'y trouve intéressé[7]. Ce principe admet cependant les exceptions suivantes :

1° Les lois étrangères ne doivent être appliquées par les tribunaux français que dans le cas de conventions existantes entre la France et un pays étranger et dans la mesure du cas prévu, Arg. art. 11[8].

2° L'état et la capacité de l'étranger sont réglés, dans tous les cas, par les tribunaux français, d'après la loi du pays auquel il appartient, Arg. art. 3, § 3[9].

3° Les contestations relatives aux immeubles qu'un étranger, ou qu'un Français possède à l'étranger, doivent être décidées d'après la loi du pays où ces immeubles sont situés, Arg. art. 3, § 2[10].

[7] [Martens, n. 85.]

[8] Mais les conventions ou traités de cette espèce sont *strictissimæ interpretationis*. V. Rouen, 25 mai 1813 ; [Cass., 14 juill. 1825 et 17 mars 1830.]

[9] Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 2 et 6 ; Cass., 1er févr. 1815 ; Paris, 11 août 1817. V. cep. Cass., 17 juil. 1833, S. V., 33, 1, 663 ; Paris, 17 juin 1834, S. V., 34, 2, 371. Ces arrêts concernent les obligations contractées en France par un Français envers un étranger. Je dis *dans tous les cas*, c'est-à-dire même dans celui où l'étranger se serait expressément soumis à la loi française, Arg. de l'art. 6. [C'est là une application du statut personnel qui suit la personne partout où elle se transporte, Boullenois, 1, p. 51 et s. ; Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 4, n. 6, et v° *Etranger*, § 1, n. 10 ; Fœlix, n. 30 ; Pardessus, n. 1482 ; Massé, 2, n. 55 et s. ; Demolombe, 2, n. 98.—C'est donc par le statut personnel que se règlent : la légitimité ou la légitimation des enfants, Merlin, *Rép.*, v° *Puiss. pat.*, sect. 7, et *Quest.*, v° *Légitimation*, § 1 ; — la nécessité ou la dispense de l'autorisation maritale, Bastia, 16 févr. 1844, S. V., 44, 2, 663 ; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. 10 ; Massé, 2, n. 93 ; — l'âge de la majorité, Pardessus, n. 1482 ; Fœlix, n. 64 ; Nouguier, *Lettre de change*, 1, p. 475 ; Duranton, n. 113 ; Massé, 2, n. 59. V. —*Contrà*, les arrêts précités des 17 juill. 1833 et 17 juin 1834 ; et Valette sur Proudhon, 1, p. 86.—Mais il y a exception au principe quand le statut personnel étranger se trouve en opposition en France avec une loi d'ordre public, Valette sur Proudhon, 1, p. 85 ; Demolombe, 1, n. 100. Ainsi, par exemple, pour pouvoir contracter mariage en France, il ne suffit pas à l'étranger de justifier de sa capacité d'après le statut personnel ; il faut encore qu'il ne se trouve dans aucun des cas de prohibition prévus par la loi française. — Un étranger appartenant à un pays où la polygamie est permise ne peut contracter un second mariage en France avant la dissolution du premier, Demolombe, *ibid.* — Mais il ne faudrait pas aller jusqu'à décider que l'étranger légalement divorcé dans son pays ne pourrait pas contracter mariage en France, Demolombe, n. 101.—*Contrà*, Paris, 30 août 1824, et 20 mars 1843, S. V., 43, 2, 566. — V. *inf.* le titre du *Mariage.*]

[10] Delvincourt, sur l'art. 14. V. Cass., 26 janvier 1818. Cependant cette règle doit être appliquée avec les restrictions qui résultent des autres exceptions ci-dessus mentionnées. V. ci-après le titre des *Hypothèques*. [C'est à titre de statut réel que la loi française régit les immeubles situés en France, bien qu'ils appartiennent à des étrangers. — Ainsi, l'aliénabilité des immeubles, l'hypothèque, l'expropriation, tiennent au statut réel, Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 3 ; Delvincourt, 1, p. 186 ; Toullier, 1, n. 114 ; Duranton, 1, n. 82 ; Marcadé, sur l'art. 3 ; Demolombe, 1, n. 77. — Il en est de même des conventions matrimoniales, en ce qui touche la disponibilité des biens, et notamment sous le rapport de la dotalité, Cass., 27 août 1810 ; 27 févr. 1817, 2 mai 1825 ; 15 mars 1831, S. V., 31, 2,

4° En principe, le patrimoine d'une personne doit être régi par les mêmes lois que son état et sa capacité. Ainsi, par exemple, sous la réserve de l'exception mentionnée *sup.* 1°, la succession *ab intestat* ou testamentaire d'un étranger doit être réglée d'après les lois du pays de l'étranger. Le patrimoine n'est pas un objet indépendant; les biens d'une personne ne forment un tout qu'en se rattachant à la personne du propriétaire. Cependant la jurisprudence française limite ce principe et cette exception à la succession mobilière[11].

5° Les formes extérieures d'une convention s'apprécient d'après les lois du pays où la convention a été passée, Arg. art. 47, 170, 999. V. cependant une exception résultant de l'art. 2128 [12].

237; Cass., 18 août 1852, S. V., 52, 1, 711; Delvincourt, 1, p. 187; Legat, *Code des étrangers*, p. 295; Duranton, 1, n. 83; Demolombe, n. 85; Marcadé, sur l'art. 3; Massé, 2, n. 63 et 76.]

[11] Chabot, *Des successions*, 1, p. 92; Duranton, 1, n. 64; Cass., 3 mai 1815; Colmar, 12 août 1817. V. cependant Riom, 7 avril 1835, S. V., 35, 2, 374. Cet arrêt décide que la succession même mobilière d'un étranger, résidant en France sans autorisation du gouvernement, doit être régie par la loi française. — Dans ce sens, et dans ce sens seulement doit être entendue la règle de droit *mobilia sequuntur personam*. Par contre, on ne saurait tirer de l'art. 3, § 2, la conclusion que les effets mobiliers doivent être en général régis par les lois auxquelles leur propriétaire se trouve soumis pour sa personne. V. Rouen, 25 mai 1813; Cass., 7 nov. 1826 et 19 mai 1830. [Reprenons tout cela. Les immeubles situés en France étant régis par la loi française, c'est la loi française qui régit la succession *ab intestat* de ces immeubles; c'est même la loi française qui régit, quant à la quotité disponible de ces biens, les successions testamentaires, parce qu'on ne peut, à l'aide d'une fiction, supposer à ces biens une situation autre que celle que la nature leur a assignée et dont ils ne peuvent changer, Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 2; Toullier, 1, n. 119; Delvincourt, 1, p. 187; Duranton, 1, n. 84; Marcadé, sur l'art. 3; Demolombe, n. 89 et s.; Massé, 2, n. 69; Cass., 14 mars 1837, S. V., 37, 1, 195; 9 juin 1852, S. V., 52, 1, 733. — Quant aux meubles, qui n'ont pas d'assiette fixe, on admet généralement qu'ils sont régis par la loi du domicile de leur maître, Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 3; Duranton, 1, n. 90; Massé, 2, n. 66. — Ainsi la succession mobilière de l'étranger en France, qui y avait son domicile, est régie par la loi française. V. l'arrêt précité de Riom, du 7 avril 1835; Marcadé, sur l'art. 3; Rodière, *Revue de législ.*, 1 de 1850, p. 185 et s.; Massé, *loc. cit.* — Il en serait de même si, sans avoir un domicile légal en France, l'étranger y avait un établissement fixe. Mêmes autorités. — *Contrà*, Fœlix, p. 155. — Mais les meubles de l'étranger qui, n'étant que de passage en France, y est décédé, doivent être partagés selon la loi étrangère, Paris, 15 mars 1850, S. V., 51, 2, 791; mêmes autorités. V. Demolombe, 1, n. 94. — Les meubles peuvent au surplus être en certains cas régis par la loi de leur situation effective, et non par celle du domicile du propriétaire, quand cette situation effective est déterminée par un fait légal ou juridique, par exemple par une saisie, par une dation en gage. Dans ce cas la forme de la saisie, la constitution du gage, leurs effets sont régis par la loi de la situation, Massé, 2, n. 70.]

[12] *Locus regit actum.* V. ma dissertation sur cette règle dans la *Thémis*, t. 2, 3e liv. — Le projet du Code civil contenait expressément cette règle. Elle ne fut rayée que parce que l'on craignit de l'établir dans un sens absolu. V. Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 7; Proudhon, 1, p. 53. Effectivement il ne faut pas l'entendre dans un sens tellement étendu, qu'un acte fait en pays étranger dans la forme des lois françaises, et non d'après la loi locale, ne doive pas être maintenu par les tribunaux français, Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. 2, § 3, art. 6; Duranton, 9, n. 16; Toullier, 26, n. 23; Cass., 5 juill. 1827 et 25 sept. 1829. [Il n'est pas douteux que l'acte fait en pays étranger dans la forme voulue en France ne

6° Dans tous les cas où les dispositions de la loi française ont pu être modifiées, soit par des traités, soit par d'autres dispositions particulières, les parties sont libres aussi de se soumettre aux dispositions d'un droit étranger, et même pour les immeubles situés en France[13]; et, dans ce cas, les tribunaux français doivent juger d'après les lois étrangères. On présume, en général, que les parties qui ont contracté en pays étranger ont eu l'intention de suivre la loi du pays où le contrat a été passé, Arg. art. 1159[14].

§ 30. *Continuation. — Des jugements et des actes étrangers.*

Un principe qui se lie intimement avec les principes développés au paragraphe précédent, est celui d'après lequel les tribunaux français et les officiers publics français ont seuls droit de juridiction et de commandement en France, art. 2123, 2128; Pr., art. 546[1].

De là les conséquences suivantes :

soit valable en France. V. Massé, 2, n. 86 et s. Ce n'est pas à ces actes que s'applique la règle *locus regit actum*, mais à ceux qui sont faits dans la forme étrangère, et dont on demande l'exécution en France; et on décide en règle générale qu'ils sont valables en France. Toutefois cette règle n'est pas tellement absolue qu'on doive tenir pour bon un acte fait en pays étranger, et selon la loi étrangère, si cette forme étrangère ne présente pas toutes les garanties exigées par la loi française par des raisons d'ordre public : par exemple, si l'on contractait par acte sous seing privé en pays étranger, dans un cas où la loi française exige un acte authentique, Duranton, 1, n 56; Demolombe, 1, n. 106; Massé, 2, n. 90. — *Contrà*, Fœlix, p. 95, Merlin, *Rép.*, v° *Test.*, sect. 2, § 4, art. 1. — C'est au surplus la loi du pays où un acte a été passé qui détermine s'il doit être réputé privé ou authentique, Merlin, *Rép.*, v° *Acte authent.*, §§ 1 et 2; Toullier, 10, n. 78 et 79; Duranton, 9, n. 170; Fœlix, § 198; Bonnier, *Preuves*, n. 761; Massé, 5, n. 265 et s.; Cass., 6 fév. 1843, S. V., 43, 1, 209. — Observons enfin que la règle *locus regit actum* ne s'applique jamais aux formalités *habilitantes*; qu'elle s'applique rarement aux formalités *intrinsèques* qui constituent presque toujours un statut réel; et qu'elle ne s'applique naturellement qu'aux formalités *extrinsèques*, Demolombe, 1, n. 105 et s.; Massé, 2, n. 80 et s.]

[13] Merlin, *Rép.*, v° *Lois*, § 6, n. 2.

[14] L. 31, § 20, Dig. *De ædil. edic.*; L. 6, Dig. *De evict.* [Cass., 13 fruct. an IX.] Cependant le contrat de mariage doit être excepté de cette règle. Il est réglé par la loi du lieu où les époux veulent prendre leur domicile. L. 65, Dig. *De judic.*; Cass , 12 juin 1815. [V. Cass., 7 fév. 1843, S. V., 43, 1, 283; Massé, 2, n. 161.—V. aussi *inf.* le titre du *Contrat de mariage*.]

[1] [C'est le droit public de toutes les nations.] Ce principe est encore établi plus clairement et d'une manière plus générale dans l'art. 121 de l'ord. de juill. 1629 : « Les jugements rendus, contrats ou obligations reçues ès royaumes et souverainetés étrangères, pour quelque cause que ce soit, n'auront aucune hypothèque ni exécution en notre royaume : ains tiendront lieu les contrats de simples promesses : et nonobstant les jugements, nos sujets contre lesquels ils auront été rendus, pourront de nouveau débattre leurs droits comme entiers devant nos officiers. » Cet article doit être encore considéré comme un principe constitutionnel, d'autant mieux qu'il est confirmé par les articles ci-dessus 2123, 2128; Pr., art. 546; Cass., 27 août 1812. V. sur l'art. 121 de l'ord. précitée et sur cette doctrine en général [dont l'application donne lieu aux plus sérieuses difficultés], Jousse, sur l'art. 2 du tit. 25 de l'ord. de 1667, [et tous les auteurs qui seront cités dans les notes suivantes.]

1° L'action portée devant un tribunal français ne peut être repoussée par l'exception de litispendance tirée de ce que la même affaire est déjà pendante devant un tribunal étranger[2].

2° Un jugement rendu par un tribunal étranger[3] ne peut, comme tel, être exécuté en France ou servir de fondement à l'exception de la chose jugée[4] : un jugement rendu à l'étranger dans une affaire civile[5] peut seulement être déclaré exécutoire par un tribunal français. Cette déclaration ne peut être obtenue qu'au moyen d'un nouveau jugement, et ce jugement n'est pas un simple *pareatis* ou une ordonnance d'exécution[6]. Les deux parties, demandeur ou défendeur[7], étranger ou Français[8], sont fondées à

[2] Cass., 7 sept. 1808; Turin, 21 août 1812; Montpellier, 12 juill. 1826; [Cass., 16 févr. 1842, S. V., 42, 1, 714. C'est ici moins une question de litispendance, qu'une question de compétence, Massé, 2, n. 200. — V. *inf.*, § 62.]

[3] La règle ne s'applique pas aux jugements ou décisions des consuls français en pays étrangers, Delvincourt, 3, p. 298; Troplong, *des Hyp.*, n. 452.

[4] [On confond à tort la question de savoir si les jugements étrangers ont en France l'autorité de la chose jugée, avec celle examinée ci-après, de savoir si et comment les jugements étrangers sont exécutoires en France; et on doit décider qu'avant d'être exécutoires, ils peuvent servir de base à l'exception de chose jugée, en ce sens qu'ils font foi des faits qu'ils énoncent et qu'ils constatent, Fœlix, p. 369; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Exécut. des jug.*, n. 47; Massé, 2, n. 305; Aix, 8 juill. 1840, S. V., 41, 2, 263. — Ainsi, par exemple, un jugement étranger déclaratif de faillite fait en général foi en France de l'existence de la faillite, Bordeaux, 10 fév. 1824 et 22 déc. 1847, S. V., 48, 2, 228. V. Massé, 2, n. 314. — *Contrà*, Cass., 29 août 1826. — Du reste la question de savoir si un jugement étranger a acquis l'autorité de la chose jugée doit être décidée d'après les lois du pays où il a été rendu, et non d'après les lois françaises, Cass., 23 juill. 1832, S. V., 32, 1, 664.]

[5] Il en est de même des jugements rendus en matière commerciale, Merlin, *Quest.*, v° *Jugement*, § 14. [Emerigon, *des Assur.*, ch. 12, sect. 20; Chauveau sur Carré, n. 1899; Massé, 2, n. 312; Cass., 18 pluv. an XII.]

[6] V. Pr., art. 1020; Grenier, *Hyp.*, 1, p. 207; Delvincourt, 1, p. 32. [La question de savoir dans quelles limites doit s'exercer le pouvoir des tribunaux français appelés à rendre exécutoires les jugements des tribunaux étrangers est des plus controversées. Les uns, prenant pour point de départ l'art. 121 de l'ord. de 1629, qu'ils considèrent comme encore en vigueur, exigent une révision complète et un jugement à nouveau. C'est en ce sens que la jurisprudence s'est généralement prononcée. V. entre autres, Cass., 19 avril 1819; Douai, 3 janv. 1845, S. V., 45, 2, 513; Bordeaux, 6 août 1847, S. V., 48, 2, 153. V. aussi en ce sens Merlin, *Quest.*, v° *Jugem.*, § 14, n. 2; Toullier, 10, n. 85; Duranton, 1, n. 155; Troplong, *Des hyp.*, n. 451; Boncenne, *Proc. civ.*, 3, p. 222 et s.; Chauveau sur Carré, n. 1899. — D'autres, se fondant sur ce que l'art. 546 Pr. et l'art. 2123 ne refusent pas, comme l'ord. de 1629, toute exécution, en France, aux jugements étrangers, mais veulent seulement *qu'ils* y soient rendus exécutoires, pensent avec raison que les tribunaux français n'ont aucun droit de révision sur les jugements des tribunaux étrangers, et que leur office se borne à vérifier en la forme le jugement et à rechercher s'il ne contient rien de contraire à la souveraineté et aux lois d'ordre public de la France, Fœlix, p. 389 et s.; Soloman, *Cond. jur. des Etr.*, p. 408 et s.; Demangeat, *Cond. civ. des Etr.*, p. 405 et s.; Nouguier, 2, p. 444; Marcadé, sur l'art. 15; Valette sur Proudhon, 1, p. 159; Massé, 2, n. 305 et s. V. aussi Demolombe, 1, n. 263. — Mais il est bien évident que la mission des tribunaux français ne peut se borner à un simple *visa* ou *pareatis*; et c'est par erreur que Marcadé, sur l'art. 15, a prêté à l'un de nous une opinion semblable.]

[7] Grenier, 1, p. 210; [Cass., 18 pluv. an XII. V. *infrà*, § 62.]

[8] Grenier, 1, p. 209; Duranton, 1, n. 155; Merlin, *Quest.*, v° *Jugement*, § 14;

provoquer un nouveau jugement sur le même objet, tout comme s'il n'était encore intervenu aucune décision [9]. Il y a cependant exception à cette possibilité d'un nouveau recours, lorsque la décision du tribunal étranger a été volontairement exécutée par la partie condamnée [10], ou lorsque cette décision n'est que l'exécution d'un jugement rendu par un tribunal français [11]. Les sentences arbitrales rendues à l'étranger ne sont pas soumises aux mêmes règles que les jugements [12].

3° Les jugements des tribunaux étrangers ne confèrent pas d'hypothèque judiciaire en France tant qu'ils n'ont pas été déclarés exécutoires par les tribunaux français [13]. De même, l'acte passé en pays étranger ne peut conférer une hypothèque *conventionnelle*, art. 2123, 2118 [14], sauf les cas prévus par des lois spéciales françaises ou par des traités internationaux [15], mais sans que les lois ou les usages des autres pays puissent entraîner la réciprocité [16].

Troplong, *Des hyp.*, n. 451; Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Etrangers*, sect. 1, art. 5; Cass., 19 avril 1819; Toulouse, 27 déc. 1819. — En ce qui touche l'étranger, la question est controversée. [Dans le sens du droit de l'étranger, V. Poitiers, 8 prair. an XIII; et Douai, 3 janv. 1845, S. V., 45, 2, 513. — En sens contr. V. Paris, 12 mai 1820. Il est évident que, le principe admis, il n'y a pas de distinction à faire, Demolombe, 1, n. 263.]

[9] Je dis : *Décision*, car toutes les mesures d'instruction prises devant les tribunaux étrangers conservent leur effet en France, Grenier, *ibid.*, p. 211.

[10] Paris, 14 juill. 1809.

[11] Cass., 14 févr. 1810 et 30 juill. 1810.

[12] Ces sentences ne sont pas exécutoires en France sans une ordonnance du juge, art. 2123; Pr., art. 1020; mais elles ne pourraient être attaquées comme émanant d'une autorité étrangère, Paris, 16 déc. 1809; Cass., 31 juill. 1815; Paris, 7 janv. 1833, S. V., 33, 2, 145; Troplong, *Des hyp.*, n. 453; Delvincourt, 1, p. 32. [Il faut distinguer : s'il s'agit d'une sentence d'arbitres volontaires, le *pareatis* doit être donné sans révision, soit par le président seul, si elle n'a encore été revêtue d'aucune formule exécutoire en pays étranger, ou si elle a été rendue exécutoire par le président du tribunal étranger; soit par le tribunal entier, si c'est par un tribunal étranger qu'elle a été rendue exécutoire, Massé, 2, n. 320. — Quant aux sentences d'arbitres forcés, elles doivent être traitées comme les jugements proprement dits, Fœlix, § 392; Chauveau sur Carré, n. 1900; Massé, 2, n. 321.] — Relativement à l'influence de la réunion ou de la séparation d'un pays étranger avec la France, en ce qui touche à l'exécution d'un jugement émané de ce pays, V. Merlin, *Quest.*, v° *Réunion*; Grenier, *ibid.*, p. 217; Cass., 18 therm. an XII; Paris, 20 mars 1817; [Aix, 10 avril 1823; Cass., 6 avril 1826.]

[13] Sur la faculté pour le tribunal de se livrer à un nouvel examen de l'affaire, V. *sup.*, note 6.

[14] Grenier, 1, p. 26; *Consultation*, Sirey, 17, 2, 217. — Relativement à l'influence exercée sur les actes passés dans un pays, par la réunion de ce pays à la France, V. Merlin, *Quest.*, v° *Inscr. hyp.*, §§ 1 et 2; Cass., 21 nov. 1809; Rouen, 28 juin 1810.

[15] Il existe des traités de cette espèce avec la Suisse, 4 vend. an XII, avec la Russie et la Sardaigne, Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, § 7 *bis*. — Sur l'interprétation de ces traités, V. Delvincourt, 3, p. 300; Cass., 14 juill. 1825; Grenoble, 9 janv. 1826; [Grenoble, 3 janv. 1829; Cass., 17 mars 1830 et 23 juill. 1832, S. V., 32, 1, 664.]

[16] Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, § 7 *bis*; Paris, 11 fév. 1808; Cass., 15 juill. 1811; Rouen, 25 mai 1813.

§ 31. *Des différentes espèces de lois.*

Les lois sont ou *impératives*, ou *prohibitives*, ou *permissives*[1], [selon qu'elles ordonnent, qu'elles défendent, ou qu'elles permettent.] Les lois permissives sont de deux espèces[2] : tantôt elles ont pour effet de lever, dans certains cas et pour certains actes, un commandement ou une défense, [c'est-à-dire qu'elles permettent de ne pas faire ce qui était ordonné, ou de faire ce qui était défendu] : *leges permissivæ, in specie* ; tantôt elles se bornent, pour le cas où les droits des parties n'ont pas été réglés par des conventions particulières, à poser les règles de leurs droits et de leurs obligations, ainsi que des décisions à intervenir : *leges declaratoriæ*. V. § 34. — [On peut aussi classer parmi les lois permissives celles qui accordent privativement certains droits et certains priviléges[3]. — On admet encore quelquefois une quatrième classe de lois, celle des lois *pénales*. Mais peut-être est-il plus exact de considérer les lois pénales comme des lois impératives, puisqu'elles ordonnent de prononcer une peine, ou comme des lois prohibitives, puisqu'elles sont la sanction des défenses faites par le législateur[4].]

§ 32. *De l'observation des lois; des dispenses légales.*

Tout ce que la loi ne défend pas ou ne prescrit pas est abandonné au libre arbitre de chacun. V. art. 544, 902, 1123. — Ainsi, ce que la loi ne défend pas est permis ; ce que la loi ne prescrit pas peut, à la volonté de chacun, être fait ou ne pas être fait. Si, d'après la loi, plusieurs voies sont ouvertes pour arriver au même but, chacun peut choisir celle qui lui convient le mieux. Il peut même en changer tant qu'il n'y a pas eu un droit acquis à un tiers, soit par suite d'une disposition spéciale de la loi, soit par suite d'un acte obligatoire[1].

Il est permis d'omettre les prescriptions ou les défenses de la loi quand les magistrats, officiellement chargés de les faire observer, dispensent de s'y conformer. Le chef de l'Etat, auquel le droit de dispense appartient, ne peut en user que dans les cas déterminés

[1] L. 7, Dig., *De leg.*

[2] Le mot *loi permissive* serait, sans cette explication, une véritable contradiction.

[3] [V. Massé, 1, n. 67.]

[4] [V. Demolombe, 1, n. 15; et Marcadé, *Intr.*, p. 20.]

[1] La règle *Electâ unâ viâ non datur recursus ad alteram*, ou encore *Omnis variatio in jure est odiosa*, ne repose ni sur un principe général, ni sur une disposition formelle de la loi, Merlin, *Quest.*, v° *Option*.

par la loi [2]. [Certaines dispenses peuvent aussi être accordées par les officiers préposés à cet effet par le chef de l'Etat [3].]

§ 33. *Des actes simulés.*

Il résulte du principe qui vient d'être établi au paragraphe précédent, que toute disposition ou convention susceptible, d'après la loi et à raison de son objet, de différentes formes ou de différents modes, peut être, au gré des parties, indistinctement revêtue de l'une de ces formes, ou arrêtée suivant l'un ou l'autre de ces modes. Toute convention doit alors être appréciée d'après les lois qui s'appliquent à la forme et au mode particulier qui ont été choisis [1]. Cette règle s'applique, sous réserve toutefois des exceptions que les lois y ont introduites, V. art. 918, même aux cas où soit la disposition, soit la convention, ont reçu une certaine forme et où un certain mode a été adopté en vue d'éluder une loi prohibitive ou impérative; en d'autres termes, la disposition ou la convention est valable en droit et doit être appréciée d'après les lois établies pour la forme et le mode qui ont été suivis, avec cette restriction, toutefois, qu'elle peut être attaquée si, au fond, elle se trouve en contradiction avec la loi éludée [2]. Si donc une donation est déguisée sous la forme d'un contrat de vente et que les formalités extérieures usitées pour les donations n'aient pas été observées, art. 931, l'acte de vente ne sera pas pour cela radicalement nul; mais, si la libéralité touche à la réserve légale, elle pourra être attaquée par les héritiers à réserve et être réduite à la portion disponible [3]. En effet, toute espèce de libéralité entre vifs n'est pas nécessairement soumise aux formalités extérieures de la donation. La remise de la dette, par exemple, peut s'opérer sans ces formalités, sauf réduction, le cas échéant.

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Loi*, § 10, et v° *Dispense*. [C'est ce qui a lieu notamment en matière de mariage pour les dispenses d'âge, art. 145, ou de parenté, art. 164.]

[3] [Par exemple, en matière de mariage, pour les dispenses de la seconde publication. Ces dispenses sont accordées par le procureur impérial, art. 169; Arr. 20 prair. an II, art. 1.]

[1] Cass., 7 avril 1813. [La simulation n'est pas une cause de nullité quand elle ne porte préjudice à personne, parce qu'on peut faire indirectement ce que la loi permet de faire directement, Toullier, 9, n. 160 et s.]

[2] Un pareil acte est appelé un acte simulé : *Negotium simulatum est negotium cui dolus adversus legem inest*, Cass., 18 mars 1807. La règle : *Plus valet quod agitur, quàm quod simulatur* ne s'applique pas d'une manière absolue, mais seulement en tant qu'un acte viole la loi. V. sur les actes simulés, Chardon, *Traité du dol et de la fraude*; Merlin, *Rép.*, v° *Simulation*.

[3] La question de savoir si une donation déguisée sous forme de vente est nulle, d'une manière absolue, *ob defectum formæ*, ou seulement à raison de ce qu'elle fait fraude à la loi, est une des plus controversées du droit civil français. Après quelque hésitation, la jurisprudence s'est prononcée dans notre sens. [Nous reviendrons sur ce point en traitant des donations.]

V. aussi art. 1121 et 1973. De même, si des époux ont divorcé en vue de frauder leurs créanciers, art. 275, le divorce subsiste, mais il ne peut avoir aucun effet vis-à-vis des créanciers [4].

Tout acte simulé, fait en fraude de la loi, peut toujours être attaqué par les tiers dont il lèse les droits [5] : il ne peut l'être par l'une des parties qu'autant que cette partie n'aurait aucune fraude à se reprocher [6].

§ 34. *Des restrictions apportées à la liberté juridique des individus.*

La liberté juridique des individus est si étendue, qu'ils peuvent déroger aux lois par leurs conventions particulières. Cependant cette liberté n'est pas illimitée. Elle doit être renfermée dans les cas où il s'agit de dispositions introduites en faveur de celui qui veut y renoncer ou qui veut les modifier : *Quilibet juri in favorem suum introducto renunciare potest.* Il n'en est plus de même dès qu'un intérêt public est en jeu [1]. [On ne peut donc, par des conventions particulières, déroger aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs,] art. 6, 1133 ; L. 45, § 1, Dig. *De reg. jur.;* L. 6, C. *De pactis.* V. aussi art. 900, 1172, 1388 et 1833. — Mais il n'est pas facile de savoir si telle ou telle disposition a été dictée par un intérêt privé ou par un intérêt public. L'appréciation de ce point est, en général [2], remise au pouvoir judiciaire [3]. Un acte ainsi fait contrairement à la loi entraîne, suivant la diversité des cas, ou la nullité, ou des dommages-intérêts.

On ne saurait considérer comme une restriction au principe de la liberté juridique la règle que personne ne peut porter atteinte aux droits d'autrui. Cette règle n'est pas une restriction ; elle rentre dans l'essence du principe même de la liberté. Tout acte illégitime, c'est-à-dire lésant les droits d'autrui, est, en même temps, illégal. Tout acte illégal n'est pas nécessairement illégitime.

[4] [Cass., 1er mess. an XI, et 5 janvier 1830.]

[5] Merlin, *Rép.*, vo *Simulation*, § 6.

[6] Toulouse, 9 janv. 1821 ; [Pau, 19 mars 1831, S. V., 31, 2, 303.]

[1] Merlin, *Rép.*, vo *Loi*, § 8.

[2] *En général*, c'est-à-dire que dans certains cas la loi accorde ou refuse expressément aux intéressés le droit de modifier telle ou telle disposition légale ou de ne pas y avoir égard. V. art. 819 et 1001.

[3] Les prescriptions concernant l'état d'une personne, V. art. 1388, ou les formes extérieures de certains actes juridiques, rentrent évidemment dans les lois d'intérêt public ; mais, dans plusieurs autres cas, la question soulève des doutes sérieux. Les termes impératifs ou prohibitifs d'une disposition de la loi ne décident pas la question.

§ 35. *Des nullités*[1].

Une nullité est la défectuosité d'un acte juridique, c'est-à-dire d'un acte capable de déterminer des droits par lui-même, par suite de laquelle l'acte, quoiqu'il ait eu lieu de fait, est néanmoins à considérer en droit comme non avenu, parce qu'il est en opposition avec la loi.

De là, plusieurs conséquences : 1° l'idée de nullité présuppose un acte qui serait valable d'après sa nature ou son principe juridique, si l'on faisait abstraction de telle ou telle disposition particulière des lois positives. Ainsi, par exemple, l'attribut de nullité ne pourrait s'appliquer à une vente qui n'aurait été conclue que fictivement, sans stipulation d'un prix, ou qui manquerait d'objet parce que la chose vendue n'existait plus à l'époque de la formation du contrat[2]; ni à un contrat qu'un fondé de pouvoirs aurait conclu au nom de son mandant, contrairement à la teneur de son mandat, art. 1998; ni aussi à un acte que toutes les parties intéressées n'auraient point signé[3]; car, dans ces deux cas et dans d'autres semblables, le fait qui pouvait seul fonder des droits et des obligations n'a pas eu lieu. [En d'autres termes, il ne faut pas confondre l'acte nul et l'acte non existant.] Néanmoins, les lois qualifient de nullité quelques cas de cette espèce, [c'est-à-dire où l'acte est non existant], et les assimilent, en ce qui concerne l'action en nullité, aux nullités proprement dites[4].

2° Un acte juridique est nul quand, bien qu'il soit accompli, il est néanmoins à considérer, sous le rapport légal, comme non avenu. Un acte nul se distingue donc essentiellement d'un acte qui peut être attaqué pour cause d'une lésion, *ob lesionem,* comme dans le cas des articles 864 et 1674, ou pour cause d'un préjudice quelconque causé à un tiers. V. art. 1167. Il se distingue aussi des actes qui peuvent être non avenus par suite d'une clause résolutoire de leur efficacité juridique. V. *inf.,* au titre des *Obligations*, la théorie des actions en nullité ou rescision.

[1] V. sur cette théorie, une des plus délicates du droit français, Merlin, *Rép.*, et Favard, v° *Nullité;* Toullier, 7, n. 479 et s.; Duranton, *Des contrats*, 4, n. 1142 et s.; le même, *Cours de droit*, 12, n. 512 et s.; [Demolombe, 3, n. 237; Perrin, *Traité des nullités en matière civile;* Biret, *Traité des nullités de tous genres;* Solon, *Théorie sur la nullité des conventions*.]

[2] V. aussi les art. 1585, 1587, et Troplong, *De la vente*, n. 252.

[3] Un pareil acte n'oblige aucune des parties, Bourges, 30 mars 1831, S. V., 33, 2, 175; Grenoble, 15 nov. 1834, S.V., 35, 2, 188. *Instrumentum est imperfectum.* V. aussi Cass., 6 mai 1813 et 3 mars 1815.

[4] V. par ex., les art. 1110, 1116, et l'art 1304. Les art. 1110 et 1116 déclarent formellement que l'erreur et le dol sont une cause de nullité des contrats, *At qui errat, non consentire videtur*. Dans d'autres parties du Code, dans l'art. 1601, par ex., le mot *nullité* est employé par un vice de rédaction.

3° Les nullités se fondent exclusivement sur la violation d'une prescription légale [5]. Mais il ne faut pas conclure de là, soit que tout acte contraire aux lois doive être considéré comme nul, soit que l'on ne puisse regarder comme nuls que les actes expressément déclarés nuls par la loi [6]. D'après les art. 1029 et 1030 Pr.; 407 et s. I. cr.; 68, L. 25 ventôse an XI sur le notariat, d'accord avec la jurisprudence [7], il faut admettre, non pas précisément que tout acte en opposition avec la loi soit nul, mais bien que tout acte dont la nullité dérive, sinon d'une déclaration expresse de la loi, du moins de la violation d'un précepte légal, mettant cet acte en opposition avec le but de la loi, *ratio legis*, doit être déclaré nul, abstraction faite, d'ailleurs, des dispositions particulières que contiennent, sur la question qui nous occupe ici, les passages du Code que nous venons de citer, relativement à la procédure en matière civile et criminelle et en matière d'actes notariés [8]. D'après le Code civil, les nullités résultent donc, soit d'une déclaration expresse de la loi, V. art. 896, 931, 943, 944, 945, 1001, 1099, 1131, 1596, 1597, 1599, 2055, 2063, et *inf.* le titre du *Mariage*, soit de la violation de la raison ou de l'esprit d'un précepte légal. [Dans le premier cas elles sont expresses; dans le second elles sont virtuelles.] La question de savoir si, dans ce dernier cas, un acte déterminé qui se trouve contraire aux lois doit être considéré comme nul par suite de la violation de la loi qu'il a transgressée, est réservée à l'appréciation du juge [9]. Dans le doute, cependant, l'acte doit être maintenu [10].

Les nullités sont : 1° ou des nullités d'ordre public, ou des nullités d'intérêt privé, selon qu'elles reposent uniquement ou principalement sur un intérêt d'ordre public ou sur un intérêt privé. Cette division est d'une grande importance pratique, tant pour ce qui concerne la seconde division des nullités qui va suivre, car

[5] Il n'y a pas de nullité conventionnelle. Toute disposition de cette nature équivaudrait à une condition résolutoire.

[6] Dans le projet de Code il y avait un article ainsi conçu : « Les lois prohibitives emportent peine de nullité, quoique cette peine n'y soit pas formellement exprimée. » Il a été supprimé. V. L. 1 et 3, C. *De leg.*

[7] V. Amiens, 24 prair. an XIII et 11 fruct. an XIII; Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*, § 7.

[8] En conséquence de ces dispositions, les actes de procédure et les actes notariés ne sont nuls que dans les cas expressément déterminés par la loi. Cependant la jurisprudence ne s'est pas toujours rigoureusement conformée aux prescriptions de ces articles. V. Cass., 21 avril 1808; 14 mai 1813; 18 juill. 1813; 26 déc. 1823; Paris, 19 mars 1825; Amiens, 21 déc. 1825; Cass., 24 janv. 1827; 11 mai 1827; 15 mars 1828 et 9 avril 1829.

[9] Relativement à cette question, on distingue ordinairement les prescriptions légales en prescriptions essentielles et non essentielles. Cependant cette division n'offre guère d'avantages, car c'est dans chaque affaire en particulier qu'il faut apprécier, d'après le but des lois qui la concernent, ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas.

[10] Toullier, 7, n. 519; Favard, v° *Nullité*, § 1.

une nullité d'ordre public est, en principe, aussi une nullité absolue, que pour la théorie de la confirmation des obligations.

2° Absolues ou relatives, selon qu'elles peuvent être invoquées par chacune des parties intéressées dans l'acte et éventuellement même par le ministère public, ou seulement par l'une ou l'autre des parties exclusivement, V. par exemple, les art. 191, 1304 [11]. Même en ce qui concerne ces deux divisions, les lois ont, le plus souvent, réservé à l'appréciation du juge la décision des espèces particulières [12].

3° Légales et de plein droit, *ipso jure*, ou judiciaires, *ex sententiâ judicis*. Cette division ne doit cependant pas être entendue comme emportant la nullité de certains actes juridiques, sans qu'il soit besoin d'une décision du juge qui la prononce [13]. Au contraire, toutes les nullités du droit civil doivent être prononcées par le juge. V. *inf.* les règles relatives au mariage. Cette division n'est qu'une autre formule de la règle déjà mentionnée plus haut, d'après laquelle la nullité d'un acte peut se fonder, soit sur une prescription formelle, soit sur un principe légal [14].

Les nullités reposent sur l'illégalité d'un acte juridique ; mais comme tout acte juridique peut être envisagé et quant au fond, et quant à la forme, il y a, sous ce rapport, deux espèces de nullités : les nullités concernant l'acte en lui-même, la capacité des parties, l'objet du contrat, le consentement, la cause de l'obligation ; et d'autres nullités concernant la manière dont l'acte a été extérieurement constaté, comme, par exemple, la rédaction de l'acte [15]. [Les nullités sont donc intrinsèques ou extrinsèques.] Un acte [*instrumentum*] tantôt est nécessaire à la validité de certains contrats, *solemnitatis gratiâ*, comme, par exemple, dans le

[11] Favard, v° *Nullité*, § 3 ; Merlin, *Quest.*, v° *Nantissement*, § 2.

[12] On ne saurait approuver l'assertion de Toullier, 7, n. 558, selon lequel : « toute disposition qui déclare positivement et sans restriction la nullité d'un acte, quel qu'ait été le motif du législateur, opère une nullité absolue par cela même qu'elle n'est pas limitée à certaines personnes. » *Potiùs ad rationem legis respiciendum est.*

[13] Il n'y a dans le Code de procédure, art. 366, 686, que deux exemples de nullités de plein droit, en ce sens qu'il ne soit pas nécessaire de les faire prononcer. [Encore s'agit-il, dans un de ces cas, plutôt d'une déchéance que d'une nullité proprement dite.] V. Favard, v° *Nullité*, § 5, note 3.

[14] L'expression *nul de droit ou de plein droit* ne se présente que deux fois dans le Code civil, aux art. 502 et 1117. Dans l'art. 502, elle a pour but de faire comprendre que les actes faits par un interdit ne peuvent être maintenus sous prétexte qu'il y aurait procédé dans un moment lucide, *in dilucido intervallo*, ce qui s'entendait de soi-même ; dans l'art. 1117, la même expression ne se rapporte qu'à la théorie des nullités de l'ancien droit. V. Duranton, 12, n. 522.

[15] V. à ce sujet, Duranton, 12, n. 514 et s.

cas d'une donation, d'un testament, d'un contrat de mariage[16]; tantôt il ne sert qu'à constater la convention. Dans le dernier cas, la nullité de l'acte ne préjudicie pas à la validité juridique de la convention. Le droit acquis peut être exercé si la preuve de son existence peut être établie de quelque autre manière que par cet acte[17].

Si un contrat est nul en lui-même, ou a été déclaré irrégulier[18], tous les effets légaux que l'acte a produits jusque-là, conformément à son but, sont supprimés, et tous ceux qu'il pourrait produire dans l'avenir[19] sont arrêtés ; bien que néanmoins il produise certains effets légaux à un point de vue indépendant de son but, soit comme simple fait[20], soit comme délit, Pr., art. 1030.

Les nullités se couvrent par la confirmation et par la prescription[21]. Il sera traité de ces deux moyens de couvrir les nullités, et de repousser la demande en nullité, au titre des *Obligations*.

Les règles et les principes précédemment exposés ne doivent s'entendre que sous la réserve des dispositions spéciales du Code sur les nullités relatives à quelques matières, et notamment à la matière du mariage.

CHAPITRE V.

DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS CIVILES.

§ 36. *Généralités.*

L'interprétation des lois est ou publique, *interpretatio publica*, ou privée. L'interprétation publique est : 1° celle qui émane du législateur ou qui a lieu en son nom, *interpretatio authentica ;* 2° celle qui est faite par les tribunaux, *interpretatio usualis, usus*

[16] A ces actes s'applique la règle : *Quot solemnitates tot nullitates.*

[17] Duranton, t. 13, n° 126; Favard, v° *Actes sous seing privé*. V. *inf.* la théorie des preuves, au titre des *Obligations*. Il n'arrive que trop souvent que l'on ne distingue pas assez l'acte même de sa teneur, *formam à materiâ.*

[18] Pour les conséquences de la nullité d'un acte authentique, V. *inf., loc. cit.*, la théorie de la preuve. V. encore art. 1325 et 1326.

[19] *Quod nullum est nullum producit effectum.* L'art. 201 contient une exception à cette règle. V. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Nullité*, § 4; Cass., 11 nov. 1828.

[20] Par ex., bien qu'un mariage soit déclaré nul, la communauté de biens qui existait entre les époux n'en produit pas moins son effet, comme union *de facto*. Toullier, t. 1, n° 665.

[21] Peut-on renoncer d'avance à l'action en nullité dans l'acte même qui renferme la nullité? [C'est là une question fort complexe, pour la solution de laquelle il faut distinguer entre les nullités absolues et les nullités relatives ; entre les nullités d'ordre public et les nullités d'intérêt privé ; et encore ces distinctions ne donnent-elles pas un moyen de solution invariable : l'appréciation des circonstances de l'affaire joue nécessairement un rôle dans la décision.]

fori, jurisprudence. L'interprétation privée vient des jurisconsultes. Les deux interprétations doivent s'appuyer sur les principes de la science et de l'art d'interpréter [1].

§ 37. *De l'interprétation publique ou officielle.*

L'interprétation authentique de la loi [1] [qui, sous l'empire de la loi des 16-24 août 1790 et de la Constitution de l'an III, appartenait au pouvoir législatif], avait lieu, d'après l'ancienne Constitution impériale, par des avis du Conseil d'Etat approuvés par l'Empereur. V. ci-dessus, § 5. Sous la Restauration, un avis du Conseil d'Etat des 27 nov.-17 déc. 1823 déclara que le mode d'interprétation établi sous l'Empire était maintenu, bien qu'il fût en contradiction avec la Charte de 1814. Mais, depuis, une loi du 30 juillet 1828 a attribué l'interprétation authentique à la puissance législative.

L'interprétation des lois est non-seulement une faculté, mais encore une obligation pour les tribunaux. Le juge qui, dans une affaire civile[2], se refuserait à faire droit, en alléguant le silence, l'obscurité ou l'insuffisance de la loi, pourrait être poursuivi devant les tribunaux comme coupable de déni de justice, art. 4 [3]. A cet effet, et pour assurer plus d'indépendance à l'administration de la justice, les tribunaux ne sont pas obligés, et n'ont pas même le droit de demander une interprétation authentique de la loi, avant la décision d'une affaire déterminée et en vue d'une décision à prendre[4].

En interprétant la loi, les tribunaux ne doivent avoir en vue que le cas particulier auquel il s'agit de l'appliquer. Ils ne peuvent

[1] La règle : *Interpretatio legum est vel authentica, vel usualis, vel doctrinalis*, est donc inexacte sous plus d'un rapport.

[1] Sur l'histoire de l'interprétation authentique en France, et sur les lois organiques qui ont été successivement publiées à ce sujet, V. Merlin, *Rép.*, v° *Interprétation*, note 3; une dissertation de Sirey, S. 24, 2, 17; une dissertation d'Isambert dans la *Revue de législ.*, 1, p. 241; Foucher, *La législation en matière d'interprétation des lois en France;* Favard, v° *Loi*, sect. 5, et v° *Référé au législateur;* [Tarbé, *Lois et régl. de la Cour de cassation*, p. 82 et s.; Duranton, 1, n. 48 *bis;* Demolombe, 1, n. 117 et s.; Marcadé, sur l'art. 5.]

[2] En matière pénale on s'en tient à la règle : *Nulla pœna sine lege*, [Code du 3 brum. an IV, art. 2 et 3; I. cr., art. 364]; Cass., 8 sept. 1809; [Marcadé, sur l'art. 4. — Toutefois cela doit s'entendre en ce sens que le juge saisi d'un fait incriminé pour lequel la loi ne prononce aucune peine doit renvoyer le prévenu de l'accusation portée contre lui, mais non que le juge puisse se dispenser de statuer sur l'accusation, Demolombe, 1, n. 112. A plus forte raison le juge ne peut-il se dispenser de statuer quand il s'agit d'un fait atteint par la loi pénale, Cass., 23 flor. an II; 31 janv. 1811; 7 juill. 1838, S. V., 39, 1, 449.]

[3] V. la discussion sur cet article.—Sur la procédure à suivre en pareil cas, V. Pr., art. 505 et s. [et l'art. 185 Pén.—De simples délais accordés pour le jugement ne constituent pas un déni de justice, Marcadé, sur l'art. 4.]

[4] [Cass., 12 vend., an VII.]

pas statuer par voie de disposition générale et réglementaire, *par des arrêts de règlement;* c'est-à-dire qu'ils ne peuvent établir, au moyen d'une résolution formelle sur un point en litige, décidé ou non décidé par la loi, une règle générale et valable pour les cas à venir, art. 5[5].

La jurisprudence ne peut, par suite, avoir l'autorité d'un droit coutumier; et si, dans l'intérêt de la bonne administration de la justice, les tribunaux ne doivent pas facilement revenir sur une doctrine précédemment admise, leur devoir est cependant, d'un autre côté, de ne pas persévérer dans celle dont l'expérience ou la théorie leur ont démontré l'erreur[6].

Chaque Cour impériale ayant, dans son ressort, un droit de juridiction distinct, d'où leur est venu le nom de Cour souveraine, il se serait bientôt formé dans chaque ressort une jurisprudence distincte, ce qui eût renouvelé un des vices de l'ancienne constitution de la France, si, pour prévenir cet inconvénient, on n'avait pas créé la Cour de cassation, tribunal qui forme comme le centre de l'interprétation de la loi, et qui est la sauvegarde de l'unité de législation[7]. En principe, tout jugement en dernier ressort, d'une Cour ou d'un tribunal[8], peut être attaqué par un pourvoi en cassation[9], soit pour violation de la loi, soit pour fausse application de la loi, soit pour vice de forme[10]. La voie de la cassation, qui du

[5] Les parlements avaient le droit de rendre de pareils arrêts de règlement. L'art. 5 est dirigé contre le rétablissement de ce droit, Merlin, *Rép.*, v° *Arrêt*, note 8. — Sur l'application de cet art., V. Cass., 19 juill. 1825; 25 janv. 1828; 18 mai 1829; 1er oct. 1830; 25 mai 1831, S. V., 31, 1, 206; 19 déc. 1833, S. V., 34, 1, 354; [26 janv. 1841, S.V., 41, 1, 133. Observons que les motifs des jugements peuvent et doivent, le plus souvent, être généraux; c'est le dispositif qui seul doit être nécessairement particulier, Marcadé, sur l'art. 5.] Sur les mercuriales que les procureurs généraux sont dans l'habitude de faire à la rentrée des Cours impériales après les vacances, et les résolutions qui peuvent être prises à la suite de ces mercuriales, V. le décret du 20 avril 1810, art. 8.

[6] Crivelli, *Observations sur le danger d'interpréter les lois.*

[7] V. touchant l'organisation de cette Cour, les lois des 27 nov.-1er déc. 1790; 2 brum. an VII; Const. du 22 frim. an VIII, art. 65 et s.; Loi du 27 ventôse an VIII, tit. 6; ordon. du 15 janv. 1826; Merlin, *Rép.*, v° *Cour de cass.*; Lavaux, *Exposition de l'esprit des lois concernant la cassation en matière civ.*; Godard de Saponay, *Manuel de la Cour de cass.*; [Tarbé, *Lois et règlements de la Cour de cassation.*] V. aussi le § 17 sur l'organisation judiciaire.

[8] Le recours en cassation n'est pas ouvert contre les décisions des autorités qui exercent la justice administrative.

[9] *Quid*, dans le cas d'un jugement rendu dans un pays étranger avant la réunion de ce pays à la France? V. Cass., 5 août 1812.

[10] Le recours en cassation n'est pas recevable contre les motifs d'un jugement. [V. les nombreux arrêts cités par Devilleneuve, *Table gén.*, 1851, v° *Cassation*, n. 222 et s.] De même, d'après la jurisprudence actuelle, il n'y a pas lieu à la cassation d'un jugement qui a faussement interprété la teneur d'un contrat ou d'une décision judiciaire, [V. *ibid.*, n. 291 et s.] Mais il en est autrement lorsqu'un acte n'a pas été qualifié conformément à la loi, [V. *ibid.*] V. Carré, *Traité des lois de l'organisation judiciaire*, t. 2, p. 767 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Société*, sect. 2, § 3, art. 2, note 3; [Tarbé, *Lois et règl. de la Cour de cassation.*] La Cour de cassation, par con-

reste n'a pas, en général, d'effet suspensif, V. cependant l'art. 263, est ouverte aux parties, et, si elles négligent d'en faire usage, au ministère public, mais seulement dans l'intérêt de la loi, c'est-à-dire sans enlever à la décision attaquée son effet entre les parties, et seulement *ne sententia ad exemplum trahatur*. La Cour de cassation se compose de trois Chambres, autrefois sections : la Chambre des requêtes qui, en matière civile, statue sur l'admissibilité du pourvoi; la Chambre civile, qui se prononce définitivement sur les affaires civiles dont le pourvoi a été admis; la Chambre criminelle, qui statue immédiatement et définitivement, et sans arrêt préalable d'admission, sur les affaires criminelles, correctionnelles et de police. La Cour de cassation ne connait pas du fond des affaires; elle se borne à repousser les moyens proposés (la Cour rejette), ou à casser le jugement qui lui est déféré (la Cour casse et annule, etc.)[11]. Dans ce dernier cas, elle renvoie l'affaire à une autre Cour, ou tribunal, qui n'est pas tenu de se ranger à l'opinion qui a fait casser ou annuler la décision première. Elle procède de même quand, dans la même affaire, il y a un nouveau pourvoi en cassation.

On voit, par ce qui précède, qu'il peut arriver que, l'opinion adoptée par la Cour de cassation n'étant pas également admise par la Cour devant laquelle elle a renvoyé l'affaire après la cassation du premier arrêt, cette affaire soit portée de nouveau et pour le même motif devant la Cour de cassation, et que celle-ci casse de même le second arrêt, de sorte que l'on pourrait indéfiniment tourner dans ce cercle. Les lois du 16 sept. 1807, du 28 juillet 1828 et du 1er avril 1837 ont, chacune à sa manière, pourvu à la difficulté. [D'après la loi du 16 sept. 1807, il y avait lieu à interprétation de la loi, interprétation authentique, lorsque la Cour de cassation avait annulé successivement deux arrêts ou juge-

séquent, ne prononce que sur des questions de droit, *de lege violatâ*, et non sur des faits; ainsi elle ne peut être appelée à examiner le point de savoir si un jugement ou un arrêt a eu raison de regarder certains faits comme prouvés ou comme non prouvés. Mais quelque simple que ce principe paraisse être en lui-même, il n'en rencontre pas moins de nombreuses difficultés dans l'application. V. Merlin, *Rép.*, v° *Cassation*, § 2, et *Substitution fidéicommissaire*, sect. 8, note 7; le même, *Quest.*, v° *Cassat.*, et v° *Propriété littéraire*, § 1; Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Cass.*; [Devilleneuve, *Table gén.*, v° *Cassation*, n. 280 et s., et Tarbé, *loc. cit.*]

[11] Relativement à l'autorité des arrêts de la Cour de cassation, soit sous le rapport de la jurisprudence, soit sous le rapport de la doctrine, les différences suivantes doivent être remarquées : 1° un arrêt qui rejette un pourvoi n'a pas le même poids qu'un arrêt qui casse; 2° dans les arrêts de rejet, il faut avoir égard aux termes de la décision, et voir s'il y est dit que l'arrêt *a rempli le vœu de la loi*; qu'il *a jugé conformément à la loi*, etc.; ou simplement qu'*il n'a pas violé la loi*, etc...; 3° les arrêts prononcés par toute la Cour de cassation, *consultis classibus*, les Chambres réunies, sont surtout du plus grand poids.

ments en dernier ressort, rendus dans la même affaire, entre les mêmes parties, attaqués par les mêmes moyens ; cette interprétation était donnée au moyen d'un avis du Conseil d'Etat. La Cour de cassation pouvait demander cette interprétation avant de rendre son second arrêt. D'après la loi du 28 juillet 1828, l'arrêt de la Cour à laquelle l'affaire était renvoyée après une seconde cassation était le dernier, et était définitif ; et il y avait lieu à un référé législatif qui ne suspendait pas le cours de la justice.] La loi du 1er avril 1837 est ainsi conçue : « Art. 1er. Lorsqu'après la cassation d'un premier arrêt ou jugement rendu en dernier ressort, le deuxième arrêt ou jugement rendu dans la même affaire, entre les mêmes parties, procédant en la même qualité, sera attaqué par les mêmes moyens que le premier, la Cour de cassation prononcera toutes les Chambres réunies. — Art. 2. Si le deuxième arrêt ou jugement est cassé par les mêmes motifs que le premier, la Cour royale ou le tribunal auquel l'affaire est renvoyée se conformera à la décision de la Cour de cassation sur le point de droit jugé par cette Cour. » [Cette dernière loi, qui a, sans aucun doute, amélioré le régime antérieur, en rétablissant l'ordre hiérarchique et en rendant à la Cour de cassation la suprématie que la loi de 1828 lui avait fait perdre, a donné lieu à la question de savoir si les référés législatifs, autorisés par la loi de 1828, peuvent encore avoir lieu, et si cette dernière loi est, sous ce point de vue, abrogée[12]. Cette loi est abrogée en ce sens qu'il n'y a plus de référés législatifs nécessaires après une seconde cassation ; mais il est bien évident que le gouvernement, qui a l'initiative des lois, peut toujours proposer au Corps législatif des lois interprétatives[13].]

§ 38. *Théorie de l'interprétation des lois*[1].

L'interprétation de la loi est ou grammaticale ou logique. La première doit donner le sens de la loi d'après le texte ; la seconde, d'après la raison ou le motif de la loi, *ex ratione legum*.

Il peut être nécessaire de connaître la raison de la loi, soit pour éclairer telle ou telle disposition, soit pour l'étendre, soit pour la restreindre. L'interprétation logique se divise, par suite, en dé-

[12] [Foucart, 1, p. 91 ; Duranton, 1, n. 37.]

[13] [Demolombe, 1, n. 123.]

[1] V. mon *Essai d'une herméneutique générale du droit* ; Thibaut, *Théorie de l'interprétation logique des lois en général et des lois romaines en particulier* ; Mailher de Chassat, *De l'interprétation des lois*. — Le Code civil ne contient pas de règle sur l'interprétation des lois. Cependant celles qu'il établit aux articles 1156 et s., au sujet de l'interprétation des contrats, en tant qu'elles se fondent sur la nature des déclarations de volonté en général, sont également applicables à l'interprétation des lois.

clarative, extensive ou restrictive, *interpretatio logica est vel declarativa, vel extensiva, vel restrictiva*. Dans l'interprétation grammaticale, il faut, avant tout, consulter le langage usité par les jurisconsultes, Arg. art. 1159 [2]. Cependant toute prescription légale doit être interprétée principalement d'après l'ensemble de ses dispositions. C'est ainsi que, pour deux articles concernant le même objet, l'interprétation de l'un doit ressortir de celle de l'autre, Arg. art. 1161 [3].

Si le texte de la loi est clair, il ne faut pas s'écarter du sens qu'il présente ; si le texte est obscur, il faut alors recourir aux motifs de la loi, en négligeant l'interprétation qui peut se présenter la première, Arg. art. 1156 [4].

La loi est applicable à tous les cas qu'elle embrasse par la pensée qui l'a inspirée, si ce n'est par son texte ; *ubi eadem est legis ratio, eadem est legis dispositio*. C'est le principe de l'interprétation extensive. Au contraire, la loi n'est pas applicable aux choses qui, bien qu'en apparence comprises dans son texte, en sont cependant exclues par les motifs : *cessante ratione legis, cessat ejus dispositio*. Toutefois, le principe de l'applicabilité d'une loi d'après ses motifs et les raisons qui lui ont donné naissance, n'a pas ce sens qu'une loi cesse complétement d'être obligatoire dès que disparaît la cause pour laquelle le législateur l'a rendue [5]. Chaque loi porte sa raison d'être en elle-même, c'est-à-dire dans la sanction que le législateur a attachée à ses dispositions.

Il ne faut pas confondre, comme on le fait souvent, l'interprétation de la loi avec les conséquences qui en découlent, soit immédiatement, soit par induction. Les principales inductions par suite desquelles on peut, dans l'intérêt de la science et de la pratique, faire découler certaines conséquences, sont les suivantes :

1° L'analogie.—Les dispositions de la loi, en vue de certains cas, sont applicables aux cas semblables. Il ne suffit pas d'une similitude complète : il faut encore que la disposition ne s'éloigne pas des principes généraux du droit, *à jure communi* [6].

[2] La langue du droit ainsi que celle des tribunaux est exclusivement la langue française. Autrefois c'était la langue latine. Aussi la plupart des termes juridiques du droit français sont-ils d'origine latine, Merlin, *Rép.*, v° *Langue française*. V. aussi, *ibid.*, les décrets sur l'introduction de la langue française dans les pays réunis à la France pendant les guerres de la Révolution ; Ferrière, *Dictionnaire des termes de pratique, de droit, d'ordon. ou de Coutumes* ; d'Agar, *Le Nouveau Ferrière ou Dictionnaire de droit et de pratique* ; Biret, *Vocabulaire des cinq Codes ou Définitions simplifiées des termes de droit et de jurisprudence exprimés dans ces Codes*.

[3] L. 24, Dig., *De legibus* ; Merlin, *Quest.*, v° *Triage*, § 2.

[4] L. 17, Dig., *De legib.* ; Merlin, *Rép.*, v° *Doute*, et v° *Mineur*, § 4.

[5] [V. *sup.*, § 27.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Pâturage*. — L'expression droit commun, *jus commune*,

2° Si, au contraire, le motif sur lequel la disposition s'appuie est une exception au droit commun, cette disposition doit être restreinte au cas spécialement mentionné[7]. *Exceptio firmat regulam in casibus non exceptis. — Exceptio est strictissimæ interpretationis.*

3° Une disposition pénale doit toujours être considérée comme une exception au droit commun, V. § 32; par suite, elle ne doit pas s'étendre à des cas semblables pour lesquels la pénalité n'a pas été expressément prononcée[8].

4° Si la loi contient un principe affirmatif, elle dénie le principe contraire, et réciproquement[9], *argumentum à contrario.*

5° L'argument *à majori ad minus* et *à minori ad majus* autorise à appliquer la loi aux cas où le motif sur lequel elle repose se rencontre à un plus haut degré que dans les cas spécialement prévus.

6° Quand la loi ne prononce ni restriction ni distinction, l'interprétation ne doit en rien atténuer le caractère de généralité de la disposition. *Ubi lex non distinguit, neque interpretis est distinguere.*

§ 39. *De l'interprétation du Code Napoléon en particulier.*

Pour l'interprétation du Code Napoléon, il importe d'observer les règles qui suivent :

1° Dans les matières tirées de l'ancien droit ou de la législation intermédiaire, il faut consulter les sources. Toutefois, lorsqu'il y a lieu de présumer que le législateur a voulu rester fidèle à l'ancien droit[1], il ne faut pas, même dans le doute, introduire dans le Code civil un principe de l'ancien droit[2], qui ne se trouve contenu dans ce Code ni d'une manière expresse, ni implicitement; et, pour cela, il ne faut pas perdre de vue les conséquences résultant des modifications opérées par le Code civil quant à l'ancien droit, même relativement à des principes de ce droit non expressément modifiés par le Code. L'inobservation de cette précaution a donné lieu à tant d'erreurs, que l'on est amené à se demander si l'interprétation du Code civil n'a pas plus perdu que gagné par l'application de la règle qui nous occupe.

chez les jurisconsultes français, désigne les principes généraux du droit. — En conséquence, les lois politiques, par ex., c'est-à-dire les lois qui, par des raisons d'intérêt public, contiennent une déviation aux règles du droit commun, sont *strictissimæ interpretationis*, Cass., 11 juill. 1826.

[7] L. 14 et 15, Dig., *De legibus*.

[8] *In dubio pro reo*, Cass., 5 juin et 6 août 1829.

[9] Merlin, *Rép.* et *Quest.*, v° *Argument à contrario.*

[1] Grenier, *Des don. et test.*, 1, p. 145.

[2] V. ci-après l'explication de l'art. 843.

2° La discussion du Code Napoléon au Conseil d'Etat et les observations du Tribunat sur le projet de Code sont très-utiles pour son interprétation[3]. Elles font connaître l'origine de plusieurs dispositions, les projets et les modifications qui ont précédé la rédaction définitive[4]. Mais si l'on peut tirer de la délibération au Conseil d'Etat un grand parti pour saisir le sens et l'esprit des lois qui composent le Code civil, on se tromperait cependant si l'on voulait assimiler à une interprétation authentique l'opinion de quelques membres du Conseil d'Etat, ou même de l'unanimité, ou seulement de la majorité[5]. On ne peut davantage tirer de cette source les moyens de remédier aux lacunes du Code.

3° Les discours officiels qui accompagnaient la présentation de la loi au Corps législatif ne peuvent être considérés que comme l'expression d'opinions personnelles. Il ne faut pas s'étonner de trouver fréquemment, dans ces discours, des erreurs manifestes[6] : les hommes qui les ont préparés n'ont pu, dans la rapidité des travaux législatifs ou dans l'entraînement des affaires publiques, leur donner les soins nécessaires, et embrasser dans son ensemble une œuvre de législation qui ne s'est accomplie que partiellement.

4° On ne doit pas oublier que le Code civil se compose de plusieurs lois détachées, qui ont reçu leur rédaction définitive à des époques différentes et qui ont été décrétées successivement. C'est ainsi que l'on peut expliquer plusieurs difficultés qui, sans cette circonstance, ne se présenteraient pas[7].

5° Il importe encore d'observer que le projet de Code civil a été préparé par des hommes d'écoles différentes, les uns originaires des pays de coutume, les autres des pays de droit écrit. C'est ainsi que, dans plusieurs dispositions relatives aux droits de la femme mariée, il n'est question que de la femme commune en biens. Le conseiller d'Etat, chargé de la préparation du projet, n'avait eu en vue que la communauté légale empruntée au droit coutumier. En général, la lutte entre les coutumes et le droit écrit a eu l'influence la plus marquée sur la rédaction du Code.

Tout ce qui précède ne saurait ébranler cette règle immuable, à

[3] Un exemple peut être tiré de l'histoire de la rédaction de l'art. 180.

[4] V. particulièrement les observations du Tribunat.

[5] Quelquefois la rédaction définitive s'écarte de la rédaction arrêtée au Conseil d'Etat, sans que l'on puisse expliquer la raison de cette déviation par les procès-verbaux publiés jusqu'à présent. V. la discussion sur les art. 800 et 947. V. aussi Locré, sur l'art. 392.

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*, sect. 4, § 10; le même, *Quest.*, v° *Notaire*, § 3. — Il résulte de là que ces discours ne peuvent prévaloir contre le sens littéral de la loi, Favard, v° *Lois*, sect. 3, § 21.

[7] L'art. 108, par ex., parle du curateur des interdits, bien que ce soit un tuteur qui doive être nommé, d'après l'art. 505. V. aussi l'art. 141, et Delvincourt sur cet article.

savoir, que le Code doit surtout s'expliquer par lui-même; chaque article, en partie par l'examen attentif de son texte, en partie par le sens qui résulte de sa relation avec les autres dispositions du Code.

Il y a encore dans le Code des dispositions contradictoires, des antinomies. Si l'interprétation ne peut les concilier, ce qu'on doit rechercher avant tout, art. 1157; si la règle : *Lex posterior derogat priori*, ne peut davantage être appliquée, on donnera la préférence à la disposition la plus conforme au droit commun.

LIVRE PREMIER.

DES PERSONNES.

—

INTRODUCTION.

—

SOMMAIRE.

§ 40. — Des personnes en général.
§ 41. — De personnes morales.
§ 42. — Des personnes physiques ou des hommes.
§ 43. — De la naissance et de la conception.
§ 44. — Des différences de sexe.
§ 45. — Des différences d'âge.
§ 46. — De l'état de santé. — De l'état de maladie.
§ 47. — De la parenté et de l'alliance.
§ 48. — De la vie et de la mort.
§ 49. — Des différences de nationalité.
§ 50. — Division du livre Ier.

§ 40. *Des personnes en général.*

Une personne est tout sujet capable d'obliger une autre personne envers lui, ou de s'obliger lui-même vis-à-vis d'un autre.

Les personnes sont ou des personnes physiques, les *hommes;* ou des personnes morales, *universitates*, *collegia*, *corpora*, suivant que leur personnalité vient de la nature ou d'un fait déterminé.

Les personnes morales sont l'Etat, à qui cette qualité appartient de plein droit; les communes et les établissements d'utilité publique reconnus par l'Etat, et à qui cette qualité n'est acquise que par une déclaration spéciale des pouvoirs publics [1].

Les fonctions publiques et chaque fonctionnaire public lui-même en particulier peuvent être considérés comme des personnes morales, en ce sens que les droits civils qu'ils acquièrent régulièrement ou que les obligations qu'ils contractent ne leur profitent pas ou ne pèsent pas sur eux personnellement, mais seulement à raison de la place ou de la fonction [2].

[1] Loi du 2 janvier 1817; ord. du 25 déc. 1830. — Parmi les établissements publics reconnus par la loi ou qu'elle peut reconnaître, il faut ranger les hospices, les bureaux de bienfaisance (V. Favard, vo *Bureaux de bienfaisance* et *hospices*), les séminaires, les fabriques et les congrégations religieuses.

[2] V. Cass., 24 mars 1825. La législation anglaise appelle le fonctionnaire qui

Bien qu'il existe entre les communes et les établissements d'utilité publique de notables différences au point de vue de leur organisation et de leurs rapports avec le gouvernement, les lois civiles n'établissent entre eux aucune distinction comme personnes morales. V. art. 1596, 1712, 2045, 2121, 2153, 2227.

§ 41. *Des personnes morales.*

On peut considérer les personnes morales, ou communautés, à un double point de vue : relativement à leur constitution et à l'administration de leurs affaires, et relativement à leurs rapports avec des tiers; et, sous le nom de tiers, il faut comprendre les membres de la communauté eux-mêmes, par exemple, les sujets de l'Etat, dans le cas où ils n'agissent plus comme membres de la communauté, mais individuellement, *si de juribus singulorum agitur*. Les rapports des communautés avec les tiers sont essentiellement réglés par le droit civil.

Au point de vue du droit civil, les communautés sont soumises aux mêmes règles que chaque citoyen, à moins de dispositions contraires de la loi, Arg. des art. 619, 910, 937, 1712, 2045, 2227. Sauf cette exception, le droit civil commun, et, par suite, le Code Napoléon est applicable à l'Etat[1], aux communes[2] et aux établissements publics[3], dans toutes les affaires concernant ces rapports. Les exceptions que souffre le droit civil général dans les matières qui intéressent les communes ne seront indiquées et expliquées ici qu'autant qu'elles sont déterminées par le Code. V. art. 619, 910, 937, 1712, 2045, 2121, 2153. Quant aux autres exceptions, celles, par exemple, concernant le droit des communautés d'acquérir des immeubles à titre onéreux[4], d'aliéner ceux qui leur

peut acquérir des droits pour lui et ses successeurs dans l'emploi qu'il occupe, *a sole corporation*, Blackston's, *Commentaries on the laws of England*, L. 1, ch. 18.—Du reste, dans la suite l'expression de personnes morales ne s'appliquera qu'aux communes et aux établissements publics.

[1] Par exemple, dans les instances relatives aux biens nationaux, Duranton, 4, n. 184 et s.; et aux bois de l'Etat, Proudhon, *De l'usufruit*, 6, n. 2947 et s.; V. C. for., art. 8-85. — Sur la compétence des tribunaux dans les affaires intéressant l'Etat, V. Toullier, 3, n. 43; [Chauveau, *Droit administ.*, 1, p. 158 et s.]

[2] Fleurigeon, *Code administratif*, v° *Communes*; Merlin, *Rép.* et *Quest.*, v^is *Communes*, *Biens communaux*, *Dettes des communes*; Proudhon, *De l'usuf.*, 6, n. 2832 et s.; Duranton, 4, n. 203 et s.; Dalloz, *Jurisp. gén.*, v° *Communes*. —Sur la compétence des tribunaux dans les affaires civiles des communes, V. Toullier, 3, n. 52 et s.; Henrion de Pansey, *Des biens communaux et de la police rurale et forestière*; Cauchy, *De la propriété communale*; [Chauveau, *ubi sup.*]

[3] Duranton, *loc. cit.*; Le Besnier, *Législation complète des fabriques des églises*; Carré, *Traité du gouvernement des paroisses*. Pour les établis. de bienf., V. Vatteville, *Législation charitable* et *Code de l'administ. charit.*; [Durieu, des *Etablissements de bienfaisance*.]

[4] [Sur les acquisitions et les aliéna-

appartiennent, de les donner à bail[5], elles rentrent dans le droit administratif et s'y rattachent intimement. Du reste, l'exercice des droits d'une communauté ne peut être poursuivi devant les tribunaux que par le représentant légal de la communauté, et non par chacun de ses membres individuellement[6].

§ 42. *Des personnes physiques, ou des hommes.*

[Il s'agit, dans le livre Ier du Code, des personnes physiques, de leur état, de leurs droits, des modifications diverses de leur état, et des conséquences de ces modifications relativement à leurs droits, considérés en eux-mêmes et non pas par relation aux choses sur lesquelles ces droits peuvent s'exercer.

Les différences physiques qui distinguent les hommes exercent aussi de l'influence sur leurs droits. Les hommes naissent ; ils naissent de sexes divers. Leurs facultés se développent avec l'âge ; ces facultés sont favorisées ou contenues dans leurs développements par la santé ou la maladie. Des relations de familles se continuent ; d'autres se forment ; la vie se passe, et enfin la mort arrive. Dans ces situations diverses, les droits des hommes commencent, se développent, se multiplient, et cessent d'après des règles naturelles que la loi civile a reconnues plutôt qu'elle ne les a créées.]

§ 43. *De la naissance et de la conception.*

Physiquement, les hommes sont ou nés ou conçus. — L'enfant a pu naître vivant ou mort ; s'il est né vivant, il peut être viable ou non *viable*[1]. L'enfant mort-né ou non viable est considéré, au point de vue du droit civil, comme n'ayant pas existé, Arg. des art. 314, 725, 906. L'enfant né vivant est, jusqu'à preuve contraire, présumé viable[2]. C'est aux hommes de l'art qu'il appar-

tions faites par les communes, V. la loi du 18 juill. 1837, art. 46 et s. — Sur les acquisitions faites par les communautés religieuses, V. la loi du 2 janv. 1817.]

[5] [Sur les baux des biens des communes, V. l'art. 47 de la loi du 18 juill. 1837.]

[6] [V. sur les actions des communes et le droit qui appartient aux particuliers de les intenter, la loi du 18 juill. 1837, art. 49.]

[1] Le Code ne parle pas des monstres. Les anciens jurisconsultes, Lebrun, par exemple, dans son *Traité des successions*, suivent les principes du droit romain et leur refusent toute capacité. V. L. 14, Dig., *De statu hom.*; L. 38, *De verb. sign.* Ne serait-il pas plus juste de leur accorder, même à celui auquel il manquerait la tête, les droits qui appartiennent à tous les hommes ? V. cependant Duranton, t. 6, n. 75; Chabot, *Tr. des succ.*, sur l'art. 625, n. 13 ; [Vazeille, sur l'art. 725, n. 9. — Il nous semble plus rationnel de n'accorder, comme le font les auteurs précités, les droits de l'homme qu'aux individus qui ont l'essentiel de la figure humaine.]

[2] Chabot, sur l'art. 725, n. 12; Toullier, 4, n. 97; [Marcadé, sur l'art. 725; Vazeille, sur le même art. 725; Duranton, 6, n. 77 et s.;] Limoges, 12 janv. 1813; Angers, 25 mai 1822 ; Bordeaux, 8 févr. 1830. [Nous reviendrons sur ce point en traitant *des successions*.]

tient de prononcer sur la question de viabilité d'un nouveau-né. On peut cependant tirer des art. 312 et 314 cette conséquence, que l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour depuis l'époque de sa conception ne peut pas être réputé viable [3]. — Pour déterminer les droits des enfants conçus, on peut, en consultant l'esprit général de la loi, formuler cette règle, à savoir que tout enfant conçu est considéré comme né au point de vue du droit civil [4], Arg. des art. 393, 725, 906. Cependant un tiers ne peut, en son nom personnel, revendiquer un droit qui serait simplement fondé sur l'existence d'un enfant conçu, Arg. des art. 135, 436, 437.

§ 44. *Des différences de sexe.*

Les hommes sont ou du sexe masculin ou du sexe féminin [1]. Les deux sexes ont, en règle générale, les mêmes droits civils [2]. Ainsi, les femmes comme les hommes ont en elles toute la capacité nécessaire pour les divers actes de la vie civile ; elles n'ont pas plus besoin qu'eux d'autorisation ou d'assistance.

Cependant : 1° les femmes, ne jouissant pas des droits politiques, sont exclues des fonctions qui, bien qu'appartenant au droit civil, sont cependant assimilées à des fonctions publiques, ou ont tout au moins le caractère d'*officia virilia ;* et de ce nombre sont la tutelle et la curatelle. V. art. 442. 2° Dans l'état de mariage, le mari est le chef du ménage. Aussi la femme ne peut-elle, sans son autorisation, s'obliger valablement. V. le titre du *Mariage*. 3° Dans quelques cas rares, la loi accorde aux femmes, en général, certains droits particuliers, *jura singularia*. Ces droits ont pour principe, à la fois, et l'intérêt spécial qui s'attache au sexe féminin, et les devoirs qui lui sont imposés [3]. V. art. 148, 151, 152, 2066 ; Com. 113 ; L. du 17 av. 1832, *sur la contr. par corps*, art. 2, 12, 18.

§ 45. *Des différences d'âge.*

Les hommes sont majeurs ou mineurs [1].

[3] Chabot, *loc. cit.;* Toullier, 4, n. 97; Grenier, *Traité des don.*, 1, p. 100; Duranton, 6, n. 74 ; Merlin, *Quest.*, v° *Vie*, § 1, n. 3. [Nous reviendrons également sur ce point en traitant *des successions*.] —Sur les signes de la viabilité, V. Merlin, *loc. cit.*, et les ouvrages de médecine légale.

[4] L. 26, Dig., *De statu hom.*; L. 3, C. *De posthumis*, etc.

[1] Sur les hermaphrodites, V. Merlin, *Rép.*, v° *Hermaphrodite*.

[2] Proudon, 2, n. 307; Merlin, *Rép.*, v° *Femme*. — Aussi les règles du droit romain : *Genus masculinum complectitur et femininum ; — si quis complectitur si qua*, L. 3, § 1, Dig., *De neg. gest.*; L. 1, § 1, Dig., *De const. pec.*, sont-elles encore applicables en droit français.

[3] Les dispositions du sénatus-consulte Velléien n'ont pas passé dans notre Code. V. Merlin, *Rép.*, v° *Sénatus-consulte Velléien*.

[1] Il n'est question ici de la majorité

La majorité, qui commence à 21 ans accomplis[2], art. 388, 488, est cette période de la vie pendant laquelle l'homme possède, sous le rapport de l'âge, la capacité nécessaire pour tous les actes de la vie civile, auxquels il peut se livrer seul, sauf dans les cas exceptés par la loi, art. 488. Le Code ne contient que trois exceptions à cette règle générale. La première est relative à la capacité pour contracter mariage, art. 148-153; la seconde [qui est aujourd'hui sans intérêt], au droit de divorcer par consentement mutuel, art. 275; la troisième, à l'adoption, art. 348. La majorité est donc ou générale ou spéciale et relative.

Tantôt la loi enlève certains droits aux personnes avancées en âge, tantôt elle leur accorde certains priviléges à raison de leur vieillesse : *Majores 21 annis sunt vel juvenes vel senes*. On trouvait un exemple du premier genre dans le divorce par consentement mutuel, qui n'était plus permis lorsque la femme avait 45 ans, art. 277. Les priviléges accordés à la vieillesse commencent tantôt à 50 ans, V. art. 343; tantôt à 65, V. art. 433; tantôt à 70, V. art. 433, 2066; Pr., art. 800; et la loi du 17 avril 1832 sur *la contrainte par corps*, art. 4, 6, 12, 18.

Les mineurs sont, comme tels, soumis à des dispositions particulières, nécessitées par la faiblesse de leur âge[3]. V. les titres *de la minorité* et *de la majorité*.

Les mineurs sont aussi nubiles ou non nubiles : *puberes*, *impuberes*. La nubilité est l'âge auquel une personne est considérée par la loi comme ayant la capacité physique nécessaire pour consommer un mariage. L'âge fixé pour la femme est celui de 15 ans révolus, et pour l'homme celui de 18 ans révolus. Sous d'autres rapports encore, les mineurs jouissent, suivant leur âge, de plusieurs priviléges. Ces priviléges leur compètent tantôt à 15 ans, V. art. 477; tantôt à 16 ans, V. art. 377, 904; tantôt à 18 ans, V. art. 384; Com., art. 2. — La minorité peut donc, comme la majorité, se diviser en générale et en spéciale[4].

§ 46. *De l'état de santé. — De l'état de maladie.*

Les hommes sont en santé ou en maladie. La maladie est pas-

qu'au point de vue civil. Relativement à l'influence de l'âge sur l'exercice des droits politiques, V. Proudhon, t. 2, n. 164; Toullier, 1, n. 188. [V. aussi les décrets organiques de la Constitution du 14 janv. 1852.]

[2] Avant la loi du 20 sept. 1792, art. 2, la majorité ne commençait, dans la plus grande partie de la France, qu'à vingt-cinq ans accomplis.

[3] Proudhon, 2, n. 267 et s., a énuméré avec un soin tout particulier les droits spéciaux des mineurs.

[4] Les interprètes du droit romain distinguent également la *pubertas plena* de la *pubertas minùs plena*.

sagère ou permanente ; dans ce dernier cas elle devient une infirmité[1]. Les infirmités sont de corps ou d'esprit.

La loi civile accorde aux personnes malades et infirmes certains avantages basés sur la présomption que leur état ne leur permet pas de remplir leurs devoirs ou de défendre leurs droits. V. art. 236, 434, 982 ; Pr., art. 266. C'est encore par l'intérêt qu'inspirent les malades et les infirmes que les frais de dernière maladie sont rangés parmi les créances privilégiées, art. 2101 ; V. aussi art. 385, 510 ; et que des dispositions spéciales interdisent de tirer profit d'une manière illicite de la maladie d'une personne. V. art. 909, 1975.

Une infirmité physique entrave la liberté civile de celui qui en est affligé, dans certains cas particuliers, c'est-à-dire lorsque cette infirmité met la personne hors d'état de remplir les conditions requises pour la validité d'un acte juridique. V. art. 936, 978, 979. Telle est l'infirmité des sourds-muets de naissance. Il se peut même que cette infirmité physique exerce sur les facultés intellectuelles du sourd-muet une influence telle qu'elle doive être considérée comme une infirmité mentale[2].

Une infirmité mentale donne lieu à la nomination d'un tuteur ou d'un conseil à la personne qui en est atteinte. Le prodigue est, jusqu'à un certain point, assimilé par la loi aux personnes atteintes d'une infirmité intellectuelle. V. les titres *de la minorité* et *de la majorité*.

§ 47. *De la parenté et de l'alliance* [1].

La parenté est le rapport juridique déterminé entre une ou plusieurs personnes descendant les unes des autres ou d'un auteur commun, tant entre cet auteur et ses descendants qu'entre les descendants eux-mêmes. — La parenté est légitime ou illégitime. Les enfants illégitimes n'ont cependant, en dehors de leur père et de leur mère et de leurs propres enfants, de parents, dans l'acception juridique de ce mot, que sous certains rapports déterminés par la loi.

Une famille est la réunion de personnes descendant les unes des autres ou d'une souche commune. — Pour déterminer la nature et la proximité de la parenté avec toute la clarté désirable et d'une manière générale, le droit français, à l'imitation d'autres législa-

[1] *Morbus*, *Vitium*. L. 101, § 2, Dig., *De verb. sign.*

[2] Locré, 4, p. 319 ; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet* ; Maleville, sur l'art. 489 ; Nîmes, 3 janv. 1811.

[1] V. Proudhon, 1, n. 202 ; [Marcadé, sur les art. 735 et s.]

tions[2], a adopté un tableau représentant les rapports de parenté. Ce tableau, emprunté au droit romain, se compose de lignes, et ces lignes se composent elles-mêmes de degrés[3]. Un degré, dans le sens figuré, représente chaque génération en tant qu'elle détermine la proximité de la parenté. La ligne est une suite de degrés ou de générations. Une ligne est ou directe ou collatérale, *linea directa, collateralis*. D'après la disposition du tableau généalogique du droit romain, la ligne directe est figurée par une ligne perpendiculaire, la collatérale par une ligne transversale. Dans la ligne directe viennent les ascendants et les descendants[4], et dans la ligne collatérale, les collatéraux, c'est-à-dire les personnes dont la parenté consiste seulement en ce qu'elles descendent d'un auteur commun. La ligne directe est nommée ligne descendante, lorsqu'en déterminant la parenté existant entre deux personnes de cette ligne on procède des ascendants aux descendants. Dans le cas contraire, on l'appelle ligne ascendante. D'après l'ancien droit français, il y avait, pour la computation des degrés, deux systèmes différents, celui du droit romain et celui du droit canon ; de sorte que, dans certains cas, en matière de succession, par exemple, on comptait d'après le premier, et dans d'autres cas, par exemple, en matière de mariage, d'après le second[5]. Le droit français actuel n'admet que la règle du droit romain. Cette règle d'après laquelle les degrés doivent être comptés, tant dans la ligne directe que dans la ligne collatérale, peut se formuler ainsi : autant il y a de générations entre une personne et une autre, autant il y a de degrés entre elles. *Quot sunt generationes tot sunt gradus. Numera personas, dempto stipite communi.* Le tableau suivant

[2] Sur le tableau généalogique du droit romain, V. Inst., tit. *De grad. cognat.*; L. 9, Dig., *eod. tit.*; Cujas, *Recit. solemn. ad tit.* X, lib. XXVIII. Le tableau généalogique du droit canon, qui est probablement d'origine germanique, est représenté par un arbre. V. le décret de Gratien, part. 2, chap. 35, quest. 5.

[3] Ainsi le mot : *gradus*, degré, a ici une double signification, une signification propre, relativement au tableau généalogique du droit romain ; une signification au figuré, relativement au sens métaphorique de ce tableau. Dans l'art. 728, le mot degré devrait être remplacé par le mot ligne. Dans les art. 786 et 787, le mot degré est employé pour désigner un ensemble d'héritiers, c'est-à-dire les personnes qui sont appelées collectivement, et comme héritiers les plus proches, à recueillir une succession.

[4] Le mot *enfants*, employé soit par la loi, soit dans une disposition particulière, comprend habituellement, V. art. 908, les descendants d'un degré plus éloigné, Merlin, *Quest.*, vº *Enfants*, § 1 ; Douai, 4 mai 1827 ; Grenoble, 15 mai 1834, S. V., 35, 2, 157. Le *frère* comprend la *sœur*, [mais la *sœur* ne comprend pas le *frère*] ; Merlin, *Quest.*, vº *Sœur*, § 1, sous la réserve toutefois de la preuve contraire. — Le mot *enfant* ne s'entend ordinairement que des enfants légitimes, Cass., 3 juillet 1832, S. V., 31, 1, 498. V. cepend. les art. 747 et 1113.

[5] Argou, *Institution au droit français*, 1, p. 519. Le droit canon compte les degrés comme le droit romain. Seulement, pour déterminer la parenté entre deux collatéraux, il ne compte les degrés que dans une seule des deux lignes, dans la plus longue, si elles sont inégales.

s'explique facilement par le titre des Institutes, *De gradibus cognationum*.

	Avunculus, 3.	Proavus, 3.	Patruus, 3.	
Sororis filius, 3.	Soror, 2.	Avus, 2.	Frater, 2.	Fratris filius, 3.
		Pater, 1.		
		A. is, de cujus, etc.		
		Filius, 1.		
		Nepos, 2.		
		Pronepos, 3.		

A est parent au second degré, de son petit-fils ; au troisième degré, de son neveu : la parenté avec le petit-fils s'appuie sur deux générations, et ainsi de suite. La ligne paternelle comprend les parents qui tiennent à telle personne, au défunt A, par exemple, par son père, et la ligne maternelle les parents tenant à telle personne par sa mère. Une personne peut être parente d'une autre, ou dans une ligne seulement, c'est-à-dire soit uniquement par son père, soit uniquement par sa mère, ou bien tant par le père que par la mère, c'est-à-dire par un double lien. Deux personnes peuvent être parentes l'une de l'autre, ou par les hommes seulement, ou par les hommes et les femmes, ou par ces dernières seulement [6]. La distinction qui précède n'avait d'importance, dans le droit français, que pour déterminer l'ordre de primogéniture en matière de majorats. V. art. 735-738.

L'affinité, ou l'alliance, est le rapport juridique qui s'établit entre un époux et les parents de son conjoint. Ainsi, les parents de chacun des époux ne sont pas alliés entre eux, *affines inter se non sunt affines*. De même, les alliés produits par un premier mariage restent étrangers au nouveau conjoint dans le cas d'un second mariage [7]. L'affinité est légitime ou illégitime, suivant qu'elle résulte d'une union légitime ou d'un commerce qui n'est pas consacré par le mariage. L'affinité illégitime n'a d'effet que relativement au mariage et comme empêchement au mariage [8].

[6] *Agnati*, *cognati*, § 1, Inst., *De leg. agnat. succ.*

[7] Pau, 9 nov. 1831, S. V., 33, 2, 385. Ainsi le droit français n'admet pas d'*affinitas secundi vel tertii generis*. — Le silence du Code implique le maintien des principes de l'ancien droit en matière d'affinité. V. Merlin, *Rép.*, v° *Affinité*, et v° *Empêchement*.

[8] La question de savoir si l'affinité illégitime constitue un empêchement au mariage est très-controversée. Si, d'une

La nature et la proximité de l'affinité se règlent comme la nature et la proximité de la parenté; ainsi, une personne est alliée d'un des époux dans la même ligne et au même degré qu'elle est parente de l'autre époux. Ainsi, une femme mariée est alliée du frère de son mari au second degré de la ligne collatérale [9].

L'affinité légitime ne cesse point par le décès de l'époux avec les parents duquel l'autre conjoint se trouve en rapport d'alliance. Elle ne cesse pas non plus par la dissolution du mariage, sous réserve toutefois des exceptions que la loi, V. art. 206; Pr. 283, 378, a expressément apportées à ces deux règles [10].

Les conséquences juridiques que les rapports de parenté et d'affinité engendrent seront exposées plus tard avec les matières auxquelles elles se rapportent, par exemple, en traitant du mariage, de la puissance paternelle et des successions.

§ 48. *De la vie et de la mort.*

Les hommes sont vivants ou morts. Celui qui réclame un droit au nom d'un tiers doit prouver que ce tiers existe, art. 135 [1]. Celui qui réclame la succession d'un tiers, ou qui veut exercer un droit subordonné au décès d'un tiers, doit, en règle générale, justifier du décès de ce tiers. V. cependant les art. 123, 129. L'existence actuelle d'un tiers ou son existence à une époque déterminée peut s'établir par toute espèce de preuve, et non-seulement par des actes ou registres publics [2]. La preuve du décès d'un tiers, ou la preuve qu'il est mort-né, s'établit ordinairement par les registres de l'état civil, et par un acte de décès. V. *inf.* le titre *des actes de l'état civil.*

part, les art. 161 et 162 peuvent être invoqués pour la négative, c'est avec raison que, de l'autre, on s'appuie sur les bonnes mœurs et les convenances pour soutenir l'affirmative. Sur cette question controversée, V. Merlin, *Rép.*, v° *Affinité*, et v° *Empêchement*, § 4, art. 3.; Vazeille, *Traité du mar.*, n. 1, 106; Duranton, 2, n. 157 et s.; Cass., 6 avril 1809; Nîmes, 3 déc. 1812. [V. sur ce point *inf.* le titre du *Mariage*.]

[9] *Gradus affinitatis nulli sunt*, dit la loi 4, § 5, Dig., *De grad. et affin.* — Mais les degrés de parenté peuvent servir à établir la proximité de l'affinité.

[10] Le Code ne pose aucune règle générale sur la manière dont s'éteint l'affinité. L'opinion consignée dans le parag. s'appuie sur les art. 161 et 162, et, *exceptio firmat regulam in casibus non exceptis*, sur l'art. 206, § 2. Elle est, du reste, d'accord avec la jurisprudence. V. Bruxelles, 11 juin 1812; Cass., 24 fév. 1825; Dijon, 6 janv. 1827; Nîmes, 28 janv. 1831, S. V., 31, 2, 292; Cass., 16 juin 1834, S. V., 34, 1, 729; Cour d'ass. Vaucluse, 19 août 1836, S. V., 36, 2, 510; Carré, n. 173; Carnot, *Inst. crim.*, sur l'art. 156 I. cr.; Delvincourt, 1, p. 275; Vazeille, 1, n. 111; Duranton, 3, n. 458. La question est, par exemple relativement à l'art. 975, d'une grande importance. [Nous reviendrons sur la question dans nos explications sur ce dernier article.]

[1] Ce tiers ne fût-il qu'un absent présumé, Merlin, *Quest.*, v° *Vie*. [V. *inf.* le titre de l'*Absence*.]

[2] Cass., 5 février 1809.

Des dispositions particulières règlent le cas où deux ou plusieurs personnes appelées à se succéder ont péri ensemble dans un même événement. V. sur ce point le titre des *Successions*.

§ 49. *Des différences de nationalité.*

[Outre les différences qui précèdent, il y a encore entre les hommes celles qui résultent de la nationalité.

Au point de vue légal, les hommes sont ou nationaux ou étrangers; nationaux quand ils sont sujets du gouvernement qui a fait la loi qu'il s'agit d'appliquer; étrangers quand ils sont sujets d'un autre gouvernement.

En général, en ce qui concerne les devoirs imposés par la loi, les étrangers ne sont pas dispensés d'observer la loi du pays dans lequel ils se trouvent. Nous avons vu, *sup.*, § 29, qu'il en est de même en France. En général aussi, et en ce qui concerne les droits, la loi n'accorde pas toujours aux étrangers les mêmes droits qu'aux nationaux. Nous en verrons bientôt plusieurs exemples. V. le titre suivant.]

§ 50. *Division du livre 1er.*

[Les notions générales qui précèdent faciliteront l'intelligence de ce qui va suivre, et principalement du livre 1er du Code.

Le livre 1er traite *de la jouissance et de la privation des droits civils;*

Des actes de l'état civil, qui servent à établir la capacité en vertu de laquelle les personnes jouissent des droits civils;

Du domicile, qui est le lieu où s'exercent les droits civils;

De l'absence, qui suspend ou modifie l'exercice de ces droits;

Du mariage, qui est le fondement de la famille, et qui, en perpétuant l'espèce, perpétue les personnes et les droits; et accessoirement *du divorce* et *de la séparation de corps;*

De la paternité et *de la filiation*, d'où naissent les droits et les devoirs de la famille;

De l'adoption et *de la tutelle officieuse*, qui peuvent remplacer la paternité et la filiation;

De la puissance paternelle, sous le régime de laquelle vivent les enfants mineurs;

De la minorité, *de la tutelle* et *de l'émancipation*, qui constituent le régime des mineurs pour lesquels a cessé en tout ou en partie le régime de la puissance paternelle;

Enfin, *de la majorité*, *de l'interdiction* et *du conseil judiciaire*,

qui sont la situation normale ou exceptionnelle des hommes parvenus à l'âge où, ayant la plénitude de leurs facultés, ils jouissent de la plénitude de leurs droits, quand ils n'en deviennent pas incapables à raison de leurs infirmités morales.]

TITRE Ier.

DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

ARTICLES 7 A 33.

SOMMAIRE.

§ 51. *De l'état civil et politique.*

[On entend par *droits civils* ceux qui sont attachés à l'état civil des hommes ; et par *droits politiques* ceux qui sont attachés à leur état politique.]

L'état d'un homme, *status*, est la capacité juridique en vertu de laquelle il peut légalement obliger les autres envers lui et s'obliger légalement vis-à-vis des autres [1]. En droit civil, le mot *état* a encore une signification plus restreinte : il désigne l'ensemble des rapports d'une personne et de sa famille [2].

L'état ou la capacité d'un homme peut être envisagé sous plusieurs rapports : au point de vue du droit civil et au point de vue du droit constitutionnel. De là, l'état civil et l'état politique. Un même homme peut aussi avoir plusieurs capacités distinctes lorsqu'il y a en lui plusieurs qualités [3].

L'état civil, *sensu lato,* est la capacité juridique d'un homme relativement au droit civil en général. Dans ce sens, les hommes sont ou civilement vivants ou civilement morts, suivant qu'ils jouissent de la capacité juridique relativement au droit civil ou qu'ils en sont privés [4], art. 22, 25.

[1] L'état, dans ce sens, constitue la personnalité de l'homme, *caput*, L. 3, § *ult.*, Dig., *De cap. dimin.*

[2] C'est dans ce sens que l'art. 3, § 3, distingue la capacité de l'état. L'état, ainsi entendu dans cette acception restreinte, est le *status familiæ* des Romains. — De là l'expression : *Questions d'état*, art. 326 et s. V. Merlin. *Rép.*, v° *Etat civil.*

[3] Il y a lieu alors d'appliquer la règle : *Idem servatur in uno, quod aliàs valet de duobus*. C'est pourquoi un enfant adoptif ne perd pas les droits qu'il peut revendiquer comme neveu de son père adoptif, Cass., 24 août 1831, S. V., 31, 1, 321. [Cependant la question fait difficulté. V. sur ce point *inf.* le titre de l'*Adoption.*] C'est pourquoi aussi le père tuteur de son fils peut accepter la donation faite à ce fils, sans recourir à l'autorisation du Conseil de famille, Cass., 25 juin 1812. [V. sur ce point *inf.* le titre de la *Minorité.*] V. art. 993. V. aussi art. 778.

[4] Sur les nègres. V. Merlin, *Rép.*, v[is]

L'état civil, *sensu stricto*, est la capacité juridique d'un homme relativement au droit civil particulier à la législation de la France, ou au droit positif de la nation française. V. cependant §§ 59 et suiv. Dans cette acception de l'état civil, les hommes sont ou Français ou étrangers [5]. Les Français sont ceux à qui cette qualité appartient, soit par leur naissance, soit par un fait postérieur auquel la loi attache l'effet d'attribuer cette qualité, art. 8, 11.

L'état politique est la capacité juridique d'un Français relativement aux droits qui, de leur nature, concernent l'exercice et le partage de la puissance publique, ou que la loi a expressément assimilés à ces droits. Tels sont les droits électoraux; l'éligibilité; le droit de remplir les fonctions civiles ou religieuses, Loi du 18 germ. an X, art. 32; d'être jurés, I. cr., art. 381; d'être témoin dans les actes notariés, Loi du 25 vent. an XI, art. 9. V. aussi *inf.* le tit. des *Donations* et des *Testaments.*

Au point de vue de l'état politique, les Français sont citoyens ou non citoyens. — La qualité de Français est indépendante de l'état politique. On peut être Français sans être citoyen, art. 7, [c'est-à-dire sans jouir des droits politiques]; mais l'état politique présuppose l'état civil. Nul ne saurait être citoyen français, s'il n'est en même temps Français par rapport au droit civil [6], Arg. *à contr.* de l'art. 7.

Les titres de noblesse, abolis pendant la Révolution, rétablis sous l'Empire, [maintenus et confirmés par le gouvernement royal, supprimés de nouveau par un décret du 29 février 1848 et l'art. 10 de la Constitution du 4 nov. 1848, et enfin rétablis de nouveau par le décret du 24 janv. 1852], ne confèrent aucun privilége à ceux qui en sont revêtus [7].

Esclave, *Gens de couleur*, *Nègres;* le *Code noir*, ou Recueil de règlements concernant les nègres; Billard, *Projet de Code noir pour les colonies franç.*; [la loi du 24 avril 1833, ordonn. des 4 août 1833, 29 avril 1836 et 11 juin 1839. V. aussi les décrets des 4 mars et 27 avril 1848, abolitifs de l'esclavage dans les colonies françaises, et l'art. 6 de la Constitution du 4 nov. 1848. — Au surplus, avant l'abolition de l'esclavage aux colonies, les nègres esclaves avaient cessé, du moins depuis la loi du 24 avril 1833 et l'ordonnance du 4 août suivant, d'être considérés comme des *choses*, et étaient devenus des *personnes* auxquelles on reconnaissait certains droits civils. V. Cass., 27 juin 1838, S. V., 38, 1, 497; et 9 fév. 1839, S. V., 39, 1, 612.]

[5] Il ne faut pas confondre les étrangers et les forains, c'est-à-dire ceux qui n'ont pas leur domicile dans le lieu de la situation de leurs biens. V. Pr., art. 822; Pigeau, t. 2, p. 481. [Sur ce qu'on doit entendre par forains, V. Chauveau sur Carré, n° 2807 *ter*.]

[6] Avis du Conseil d'État des 18-20 prairial an XI; Locré, sur l'art. 7, et le même, *Légis. civ.*, 2, p. 408.

[7] V. Toullier, 1, n. 193 et s. [Les majorats attachés aux titres nobiliaires avaient introduit en cette matière un droit spécial qui a disparu avec l'abolition des majorats, prononcée par la loi du 17 janvier 1849.]

CHAPITRE Ier.

DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

SECTION Ire. — DE L'ACQUISITION DE L'ÉTAT CIVIL.

§ 52. *Différentes manières d'acquérir l'état civil.*

L'homme a, comme homme, un état civil, *sensu lato*, § 51. — On acquiert l'état civil, *sensu stricto*, en d'autres termes, on devient Français : 1° par la naissance, ou sans condition, ou conditionnellement, § 53 ; 2° par la naturalisation, c'est-à-dire par un acte du gouvernement ; 3° par la réunion d'un pays à la France ; 4° pour les femmes, par le mariage.

Les descendants des réfugiés français jouissent, relativement à leur état civil, *sensu stricto*, d'un droit particulier, *jus singulare*. V. *inf.*, § 57.

La loi du 14 juillet 1819, qui a assimilé les étrangers aux Français, en matière de succession, a fait perdre une grande partie de son intérêt, sous le rapport de la pratique, à la théorie de l'état civil, *sensu stricto*.

§ 53. *Des Français par droit de naissance.*

Sont Français par droit de naissance, ceux qui naissent de parents français [1], soit en France, soit à l'étranger [2], art. 10.

[Sont également Français tous individus nés en France d'un étranger qui lui-même y est né, à moins que, dans l'année qui suivra leur majorité, telle qu'elle est fixée par la loi française, ils ne réclament la qualité d'étranger par une déclaration faite, soit devant l'autorité municipale du lieu de leur naissance, soit devant les agents

[1] Dans l'intérêt des enfants, il faut suivre la règle : *Sive tempore partùs editi, sive tempore partùs concepti*. V. Duranton, 1, n. 128. [C'est-à-dire que l'époque déterminante est celle de la conception lorsque la nationalité de l'enfant se règle sur celle du père, et l'époque de la naissance quand la nationalité de l'enfant se règle sur celle de la mère, Marcadé, sur l'art. 10; Demolombe, 1, n. 151; Caen, 5 févr., 1815; en observant toutefois que cette règle ne doit être suivie que dans l'intérêt de l'enfant qui réclame la qualité de Français, et qu'elle ne peut lui être opposée pour lui attribuer celle d'étranger; par exemple, elle ne peut être opposée à l'enfant d'un étranger qui ne s'est fait naturaliser Français que depuis la conception, ni à l'enfant d'une femme non mariée qui, Française au moment de la conception, est devenue étrangère au moment de la naissance, Legat, *Code des étrangers*, p. 18 ; Coin Delisle, sur l'art. 9; Magnin, *Des minorités*, n. 9; Richelot, 1, n. 69; Demolombe, 1, n. 151; l'un et l'autre sont réputés nés d'un Français.]

[2] [L'enfant né en France de père et mère inconnus est Français : le doute doit se résoudre en leur faveur, Demolombe, 1, n. 154. — *Contrà*, Richelot, 1, p. 112.]

diplomatiques ou consulaires accrédités en France par le gouvernement étranger[3], Loi du 7 février 1851, art. 1.]

Sont assimilés aux Français, *nés Français*[4] : 1° Les enfants nés en France[5] d'un étranger, à charge, dans l'année qui suivra leur majorité, c'est-à-dire après 21 ans révolus[6], de déclarer[7] qu'ils ont l'intention de fixer leur domicile en France, et, s'ils n'y sont pas déjà établis, de réaliser ce projet dans le délai d'un an à partir du jour de leur soumission[8], art. 9. [Toutefois, les individus nés en France d'un étranger sont admis, même après l'année qui suit leur majorité, et à quelque époque que ce soit, à réclamer la qualité de Français, de la manière déterminée par l'art. 9, s'ils servent ou ont servi dans les armées françaises de terre ou de mer, ou s'ils ont satisfait à la loi du recrutement sans exciper de leur qualité d'étrangers, Décret du 22 mars 1849.]

2° Les enfants d'un Français ayant perdu cette qualité, qu'ils soient nés en France ou à l'étranger[9], à charge par eux de remplir[10]

[3] [Cette loi s'applique aussi bien aux individus nés avant sa promulgation qu'à ceux qui naîtraient plus tard. Devilleneuve, *Lois annotées*, sur cette loi, note 2.]

[4] Des auteurs voient dans les deux cas qui suivent une naturalisation par l'effet de la loi. [V. Demolombe, 1, n. 161 et s.; Marcadé, sur l'art. 9. D'autres, au contraire, y voient une manière d'acquérir la qualité de Français par droit de naissance. V. Toullier, 1, n. 271; Coin Delisle, sur l'art. 9, n. 3 et 15. Nous reviendrons sur ce point *inf.*, note 12.]

[5] Il ne faut considérer ici que le temps de la naissance et non celui de la conception. [D'où la conséquence que l'enfant né d'un étranger, en pays étranger, ne pourrait se prévaloir, pour invoquer le bénéfice de l'art. 9, de ce qu'il a été conçu en France, Duranton, 1, n. 130; Coin Delisle, sur l'art. 9; Legat, p. 7; Demolombe, 1. n. 164; Marcadé, sur l'art. 9.—*Contrà*, Richelot, 1, p. 115.]

[6] [En d'autres termes, la majorité est ici fixée par la loi française qui ne peut subordonner à une loi étrangère le délai des formalités qu'elle prescrit. V. l'art. 1er de la loi du 7 févr. 1851; Delvincourt, sur l'art. 9; Legat, p. 13; Duranton, 1, n. 129; Rolland de Villargues, v° *Français*, n. 9; Coin Delisle, sur l'art. 9, n. 13. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, 1, p. 180; Demolombe, n. 165; Marcadé, sur l'art. 9; Duvergier sur Toullier, 1, n. 261.]

[7] [Soit devant l'autorité municipale du lieu où ils ont leur domicile, soit devant celle du lieu où ils se proposent de le fixer, Décret du 17 mars 1809; arg. loi du 7 févr. 1851, art. 1; Demolombe, 1, n. 162.]

[8] L'art. 9 est-il applicable aux enfants nés en France de ceux qui, étant devenus Français par la réunion de leur pays à la France, ont depuis perdu cette qualité par la séparation de ce pays d'avec la France? [Oui : ces enfants sont considérés comme nés en France d'étrangers, et ne peuvent dès lors devenir Français qu'en remplissant les formalités de l'art. 9, Douai, 17 janv. 1848, S. V., 48, 2, 433; Cass., 7 mai 1849, S. V., 49, 1, 580. V. une consultation de Duvergier, S. V., 32. 2, 641, et *inf.*, note 11.]

[9] Duranton, 1, n. 128; [Demolombe, 1, n. 166; Marcadé, sur l'art. 10. En effet, quoique l'art. 9 ne parle que de l'enfant né en pays étranger d'un Français ayant perdu cette qualité, il est évident qu'il s'applique à celui qui, né en France, est étranger comme son père.]

[10] [Ici il n'y a aucune détermination de délai.] La déclaration prescrite par l'art. 9 peut donc être faite après l'année qui a suivi la majorité, pourvu toutefois, étant considérés comme Français, qu'ils n'aient pas perdu cette qualité, Arg. *à fortiori* des art. 17 et 18. [Cette restriction n'est pas admissible : l'individu dont il s'agit, jusqu'à ce qu'il ait rempli les formalités prescrites, n'est pas Français; il ne peut donc en aucune manière perdre une qualité qu'il n'a pas. — Remarquons au

les conditions exigées par l'art. 9 [11], art. 10. Il y a cependant cette différence entre les enfants de l'étranger nés en France, et les enfants d'un Français ayant perdu cette qualité, que, pour les premiers, aussitôt après l'accomplissement des conditions exigées par l'art. 9, la qualité de Français remonte à leur naissance ; tandis que les seconds ne jouissent des droits civils d'un Français qu'à partir du moment où ces conditions ont été remplies [12], Arg. art. 9, 10, 20.

[3° Les enfants de l'étranger naturalisé, quoique nés en pays étranger, qui, étant mineurs au moment de la naturalisation, ont, dans l'année de leur majorité, rempli les conditions déterminées par l'art. 9, Loi du 7 fév. 1851, art. 2.

4° Les enfants majeurs de l'étranger naturalisé, nés en France ou à l'étranger, à la charge de remplir les conditions de l'art. 9, dans l'année à compter de la date de la naturalisation [13], *Ibid.*]

Pour l'application des règles qui précèdent, les enfants légitimes suivent l'état de leur père [14], et les enfants naturels celui de

surplus que si, aux termes du § 2 de l'art. 10, cet individu peut *toujours* réclamer la qualité de Français, il ne le peut du moins tant qu'il est en état de minorité, Dalloz, vº *Droits civils*, n. 13; Legat, p. 16.]

[11] [Cette règle s'applique aux enfants du Français qui aurait perdu cette qualité par sa naturalisation en pays étranger, même avec l'autorisation du gouvernement, Décr. du 26 août 1811. — L'enfant né du mariage d'une Française avec un étranger, et dont la mère a ainsi perdu la qualité de Française, V. *inf.*, § 69, ne peut se prévaloir des dispositions du 2e § de l'art. 10. C'est ici le père qu'il faut considérer, et non la mère, à la différence du cas où il n'y aurait ni mariage, ni reconnaissance par le père, Marcadé, sur l'art. 10.—*Contrà*, Demolombe, n. 167.]

[12] Par suite, l'acquisition de l'état civil a, dans le premier cas, un effet rétroactif qu'elle n'a pas dans le second. L'art. 9 se sert de l'expression *réclamer*, tandis que l'art. 10 se sert de l'expression *recouvrer*. Aussi l'art. 20 se réfère à l'art. 10, et non à l'art. 9. Duranton, 1, n. 199, pense cependant que l'acquisition de l'état civil n'a jamais d'effet rétroactif. [Aux autorités contraires à l'effet rétroactif de l'art. 9, on peut joindre, Richelot, 1, n. 69; Demolombe, 1, n. 163; Marcadé, sur l'art. 9; Duvergier sur Toullier, 1, n. 261, *ad not.* — Toutefois nous croyons qu'il résulte de la combinaison du texte des art. 9, 10 et 20, que la réclamation de la qualité de Français, dans le cas de l'art. 9, a un effet rétroactif au jour de la naissance de l'enfant né en France ; qu'ainsi cette réclamation n'a pas pour résultat une naturalisation, mais la reconnaissance ou la manifestation d'une qualité qui sommeillait en lui, et pour laquelle il avait une aptitude native. *Sic* Cass., 19 juill. 1848, S. V., 48, 1, 529 ; Trib. de la Seine, 23 avril 1850; S.V., 50, 2, 465; Merlin, *Rép.*, vº *Français*, § 1, n. 1, et vº *Légitimité*, sect. 3, § 3, n. 3; Toullier, 1, n. 261; Coin Delisle, sur l'art. 9.]

[13] [La loi du 7 févr. 1851 porte textuellement : *Dans l'année qui suivra celle de ladite naturalisation*, ce qui, entendu dans un sens littéral, semblerait accorder un délai de deux ans à ceux qui sont majeurs lors de la naturalisation de leurs parents étrangers. Mais c'est là, nous le croyons, une erreur de rédaction : l'année doit, dans ce cas, avoir pour point de départ la naturalisation, comme dans l'art. 9 elle a pour point de départ la majorité.]

[14] Il suit de là, comme nous l'avons vu *sup.*, note 1, que les enfants issus du mariage d'une Française et d'un étranger sont étrangers comme leur père. Toutefois si la mère, après le décès de son mari, redevient Française, les enfants mineurs suivent la condition de leur mère et redeviennent Français, Duvergier, *Dissert.*, S. V., 32, 2, 641.]

leur mère [15]. Néanmoins, il faut admettre, *in favorem partûs*, qu'un enfant naturel, né d'un Français et d'une femme étrangère, doit, lorsqu'il a été reconnu par son père, être considéré comme Français par droit de naissance [16].

§ 54. *De la naturalisation.*

L'étranger qui, ses 21 ans révolus, a séjourné pendant dix ans en France, depuis le jour où il a été autorisé par le gouvernement à y établir son domicile, art. 13, peut obtenir du chef de l'Etat des lettres de naturalisation, c'est-à-dire obtenir la qualité de Français [1]. Le délai de dix ans peut être réduit à une année pour l'étranger qui a rendu des services importants à l'Etat, ou qui a apporté en France des talents, des inventions, ou une industrie utile, ou qui y a fondé de grands établissements [2].

L'étranger naturalisé jouit de tous les droits civils et politiques accordés aux Français [3]. Toutefois, l'étranger naturalisé ne jouit du droit d'éligibilité au Corps législatif qu'en vertu d'une loi [4].

Le préliminaire de toute naturalisation est donc l'autorisation accordée par le gouvernement à un étranger d'établir son domi-

[15] [Par conséquent, l'enfant naturel né en pays étranger d'une mère française et d'un père inconnu est Français, Toullier, 1, n. 260; Duranton, 1, n. 122; Coin Delisle, sur l'art. 9; Maguin, 1, n. 12; Marcadé, sur l'art. 8; Demolombe, 1, n. 149.]

[16] [Delvincourt, 1, p. 15; Toullier, 1, n. 259; Proudhon, 1, n. 68; Legat, p. 8; Coin Delisle, sur l'art. 9.—*Contrà*, Duranton, 1, n. 125.—Mais par contre, l'enfant naturel né d'une Française, soit en France, soit en pays étranger, est étranger s'il est reconnu ou légitimé par un père étranger, et est dès lors tenu, pour recouvrer la qualité de Français, de remplir les conditions de l'art. 9, Delvincourt, p. 15; Dalloz, v° *Droits civ.*, n° 14; Legat, p. 8; Valette sur Proudhon, 1, p. 122; Demolombe, n. 151.]

[1] Constit. du 22 frim. an VIII; décret du 17 mars 1809, art. 3; avis du Cons. d'Et. des 18-20 prairial an XI; [Loi du 13 nov. 1849]; Duranton, 1, n. 142; Merlin, *Rép.*, v° *Naturalisation*; [Demolombe, 1, n. 158 et s.; Marcadé, sur l'art. 12. — Un décret du 28 mars 1848 avait, en certains cas et sous certaines conditions, autorisé la naturalisation après un séjour de cinq ans en France; mais il a été abrogé par la loi du 13 nov. 1849.]

[2] Sén.-cons. du 26 vend. an XI et du 19 fév. 1808; [Loi du 13 nov. 1849.]

[3] [La naturalisation profite évidemment aux enfants du naturalisé nés postérieurement à la naturalisation. Mais il a été jugé qu'elle ne profitait pas aux enfants, même mineurs, nés antérieurement à la naturalisation, Grenoble, 16 déc. 1828.]

[4] [Aux termes d'une ordonnance du 4 juin 1814, un étranger ne pouvait être admis à siéger ni dans la Chambre des pairs ni dans celle des députés, à moins que, pour d'importants services rendus à l'Etat, il n'eût obtenu des lettres de naturalisation vérifiées par les deux Chambres. Cette ordonnance s'est trouvée abrogée de fait par les art. 25 et 26 de la Constitution du 4 nov. 1848, qui appelaient à l'électorat et à l'éligibilité tous les Français sans distinction jouissant de leurs droits civils et politiques. Mais depuis est intervenue la loi du 13 nov. 1849, dont l'art. 1er porte que l'étranger naturalisé ne jouit du droit d'éligibilité à l'Assemblée nationale qu'en vertu d'une loi. Nous pensons qu'il doit en être ainsi aujourd'hui de l'éligibilité au Corps législatif, qui, sous certains rapports, remplace l'Assemblée nationale; mais la même condition ne peut être exigée pour être admis à siéger dans le Sénat, auquel ne s'applique pas la loi du 13 nov. 1849.]

cile en France. L'effet immédiat de cette autorisation est de conférer à l'étranger la jouissance des droits civils d'un Français, toutefois, à la charge par lui de résider en France[5], et seulement pendant la durée de cette résidence[6], et tant que le gouvernement ne lui retire pas cette autorisation[7], art. 13. Sa femme, Arg. art. 12, et ses enfants encore en puissance paternelle sont appelés comme lui à la jouissance des droits civils qui appartiennent aux Français[8]. Quant à l'étranger qui a établi son domicile en France sans l'autorisation du gouvernement, *de facto*[9], ou qui est prisonnier de guerre[10], il doit être en tout assimilé, au point de vue civil, aux autres étrangers[11].

§ 55. *De la réunion d'un pays avec la France comme moyen d'acquérir l'état civil.*

L'effet de la réunion d'un pays à la France, qu'elle ait lieu soit par une déclaration du gouvernement, soit par la conquête, soit en vertu d'un traité, est de conférer de plein droit, et à l'instant même, à tous les habitants de ce pays, la qualité de Français[1], et la jouissance, à ce titre, de l'état civil et de l'état politique. Ils perdent cette qualité par la séparation de leur pays d'avec la France[2].

D'après une loi du 14 octobre 1814, les habitants des pays réunis à la France depuis 1791, et qui plus tard en ont été détachés, pouvaient, s'ils s'étaient établis sur l'ancien territoire français, acqué-

[5] Douai, 9 août 1829; [Massé, 2, n. 15.]

[6] Mais une absence momentanée *cum animo redeundi*, ne suffit pas pour priver l'étranger de la jouissance des droits civils, Maleville, sur l'art. 13; [Massé, *loc. cit.*]

[7] [Cette autorisation peut toujours être retirée par le gouvernement, Avis du Cons. d'Et. des 18-20 prair. an XI; Paris, 25 mars 1834, S. V., 35, 2, 47; Duranton, 1, n. 144; Coin Delisle, sur l'art. 13; Legat, p. 289.]

[8] [A moins que l'autorisation ne soit personnelle, d'après ses termes, ou d'après son esprit, Marcadé, sur l'art. 13; Demolombe, 1, n. 269.]

[9] Avis du Cons. d'Et. du 20 prair. an XI; Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 1, n. 9 et s.; v° *Domicile*, § 13. V. cependant Proudhon, 1, p. 89. [Si l'étranger, non autorisé à résider en France, n'y a pas de domicile proprement dit, (V. Demolombe, 1, n. 266; Bonnier, *Rev. de lég.*, 2, p. 64; Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 13), toujours est-il qu'il peut y avoir une résidence de fait qui, dans un grand nombre de cas, équivaudra au domicile de droit, Massé, 2, n. 15.]

[10] [Sur les droits des prisonniers de guerre, V. Paris, 16 germ. an XIII.]

[11] [V. sur les droits des étrangers, selon qu'ils sont ou ne sont pas autorisés à résider en France, *inf.*, § 58 et s.]

[1] Duranton, 1, n. 133; Merlin, *Rép.*, v^is *Pays conquis* et *Réunion*; Cass. 11 nov. 1809. [Cet effet n'est produit que par une réunion définitive ou consommée, et non par une simple occupation. Demolombe, 2, n. 157.]

[2] [L'enfant né en France pendant la réunion suit, à cet égard, la condition de son père et redevient étranger comme lui. Cass. 16 juill. 1834, S. V., 34, 1, 501; 9 juill. 1844, S. V., 44, 1, 775, et 7 mai 1849, S. V., 49, 1, 580; Duranton, 1, n. 193 *bis*; Coin Delisle, sur l'art. 9; Demolombe, n. 178; Massé, 3, n. 51. V. cependant Duvergier, *Consult.*, S. V., 32, 2, 641.]

rir ou conserver la qualité de Français par l'accomplissement de certaines conditions fixées par cette loi, et obtenir du gouvernement une déclaration de naturalité[3]. [Mais cette loi a été abrogée par celle du 13 novembre 1849, art. 4; de sorte qu'aujourd'hui les habitants des anciens pays réunis qui n'avaient pas usé du bénéfice de la loi de 1814 sont assimilés aux autres étrangers en ce qui touche les conditions de la naturalisation.]

§ 56. *Du mariage, comme moyen d'acquérir l'état civil.*

La femme étrangère qui épouse un Français suit l'état de son mari, *uxor sequitur statum mariti*, art. 12 et 19[1]; elle le conserve même après la dissolution du mariage par la mort naturelle ou civile et par le divorce[2]. Le mariage contracté au mépris de la loi a le même effet, s'il a eu lieu *bonâ fide*[3].

§ 57. *Des descendants des religionnaires fugitifs.*

La Constitution de 1791, tit. 2, art. 2, assimile aux Français de naissance, sous le double rapport des droits civils et politiques, les descendants des religionnaires fugitifs : de sorte que ces descendants, s'ils s'établissent en France[1], doivent y jouir de ces droits comme si leurs ancêtres n'avaient jamais quitté le sol de la France[2].

SECTION II. — DES DROITS ATTACHÉS A L'ÉTAT CIVIL.

§ 58. *Introduction.*

Il ne faut pas confondre la question de savoir quels sont les

[3] *Conserver*, lorsqu'ils étaient établis depuis plus de dix ans sur l'ancien territoire de la France; *acquérir*, dans le cas contraire, Cass., 27 juin 1831, S. V., 31, 1, 156; 4 mai 1836, S. V., 36, 1, 860. V. aussi l'avis du Cons. d'Et. du 17 mai 1823, relatif aux membres de la Légion-d'Honneur devenus étrangers par suite des traités de 1814 et de 1815. — L'ancien droit français reconnaissait aussi des déclarations de naturalité. V. Paillet, sur l'art. 13.

[1] [Mais la femme de l'étranger qui devient Français reste étrangère. Marcadé, sur l'art. 12; Cubain, *Droits des femmes*, nos 2 et 681; Legat, p. 402; Foucart, *Droit adm.*, 1, p. 158.]

[2] Bousquet, sur l'art. 12; [Massé, 3, n. 38.]

[3] Dalloz, vo *Etranger*, sect. 2, art. 1. [Ainsi l'étrangère qui épouse un Français déjà marié devient Française, quoique la première union du mari ne soit pas encore dissoute, Cass., 18 fév. 1819; Merlin, *Rép.*, vo *Mariage*, sect. 1, § 2; Coin Delisle, sur l'art. 12. V. cependant Legraverend, *Législ. crim.*, 1, ch. 1, sect. 6, § 2.]

[1] L'article ajoute : « Et s'ils y prêtent le serment civique ». Mais ce serment ne se prête plus aujourd'hui. [On n'a même pas toujours exigé le retour réel en France, quand on a pu présumer qu'il y avait l'esprit de retour, Cass., 13 juin 1811.]

[2] V. la discussion qui a eu lieu sur ce point aux séances des 27 mars et 22 mai 1824, à la Chambre des députés, à l'occasion de l'élection de Benjamin Constant.

droits civils[1] appartenant exclusivement aux Français et dont les étrangers sont exclus, avec la question de savoir quand les étrangers doivent, pour leurs intérêts privés, être régis par les lois françaises. C'est en tant que non Français qu'ils sont exclus de certains droits appartenant aux Français seuls; c'est en tant qu'étrangers, soumis comme tels à une législation étrangère, qu'en certains cas ils ne peuvent être régis par les lois françaises. Ainsi, par exemple, les règles du droit français, au sujet de la puissance maritale et au sujet de la puissance paternelle, sont inapplicables aux étrangers, non parce qu'ils ne sont pas Français, mais parce que l'état civil d'un étranger doit être apprécié d'après les lois de sa patrie[2], art. 3.

Il faut aussi distinguer entre les droits civils qui appartiennent aux Français à l'exclusion de l'étranger, et les restrictions, *privilegia odiosa,* auxquelles, en certains cas, les étrangers sont soumis, précisément parce qu'ils sont étrangers. V. la loi du 10 sept. 1807.

§ 59. *Interprétation du principe qui exclut les étrangers de la jouissance des droits civils.*

Un étranger ne peut prétendre aux droits civils qui sont uniquement fondés sur le droit positif, c'est-à-dire qui, dans le langage des jurisconsultes romains, ne sont point *juris gentium*, qu'autant qu'ils lui ont été accordés par un traité diplomatique[1] ou par une loi française particulière[2], art. 11[3], et arg. de l'art. 8; ou bien

[1] Les mots : *état civil, droits civils, etc.*, doivent toujours être pris, dans ce chapitre, *sensu stricto*. V. § 51.

[2] [Ce sont là des matières qui tiennent au statut personnel. V. *sup.*, § 29; et Massé, 2, n. 59 et s. C'est pourquoi la capacité du mineur étranger est réglée par la loi de son pays, et non par la loi française, Massé, *ibid.*; Fœlix, *Droit intern.*, § 64; Pardessus, n° 1482; Nouguier, *Lettres de ch*, p. 475.—*Contrà*, Paris, 17 juin 1834, S. V., 34, 2, 371, et Valette sur Proudhon, 1, n. 4.— C'est pourquoi encore la femme étrangère qui, dans son pays, n'a pas besoin, pour agir et contracter, de l'autorisation de son mari, est dispensée en France de se pourvoir de cette autorisation, Bruxelles, 23 fév. 1808; 25 août 1810; et 29 août 1811; Bastia, 16 fév. 1844, S. V., 44, 2, 665; Massé, *ibid.*, n. 63, et Fœlix, n. 65.]

[1] Sur l'interprétation de ces traités, V. Merlin, *Rép.*, v° *Héritier*, sect. 4, 1.

[2] L'art. 11 ne mentionne pas expressément les lois françaises, mais cette exception a nécessairement lieu. On en trouve des exemples dans les décrets des 19 fév. 1806, et 6 août 1811, qui avaient affranchi les habitants de certains pays étrangers du droit d'aubaine.

[3] La rédaction vicieuse de l'art. 11 en rend l'interprétation difficile. V. Merlin, *Rép.*, v° *Etranger;* Locré, sur l'art. 11.— Dans le projet, le principe de la réciprocité était admis pour l'exercice des droits civils. Mais le Tribunat proposa la rédaction suivante : « L'étranger jouira en France des droits civils déterminés par les traités avec la nation à laquelle il appartient, ou par les lois françaises », en faisant observer, d'une part, que la nouvelle rédaction ne préjugeait rien sur la question du droit d'aubaine, et, de l'autre, qu'elle ne faisait point dépendre la législation française à l'égard des étrangers de la législation particulière des étrangers à l'égard des Français. — L'article fut alors rédigé dans les termes

encore lorsqu'il aura été admis à établir son domicile en France, art. 13; V. *sup.*, § 54. Le droit français n'admet pas le principe de la réciprocité, d'après lequel l'étranger jouirait en France, de plein droit, des droits civils accordés aux Français dans son pays; la réciprocité n'a lieu que lorsqu'elle a été établie par les traités[4]. Lorsque, du reste, les droits d'un étranger doivent être appréciés selon le principe de la réciprocité conventionnelle ou légale, ce principe doit être appliqué dans toute sa rigueur[5].

Mais quels sont les droits qui doivent être considérés comme des droits civils dans le sens des art. 8 et 11, [c'est-à-dire dont peuvent jouir les Français seuls, et les étrangers admis à la jouissance des droits civils?] N'y a-t-il de droits civils, *sensu stricto*, que les droits attribués formellement par les lois aux Français, à l'exclusion des étrangers? Ou bien faut-il ranger parmi les droits civils tous les droits civils qui, d'après leur nature, c'est-à-dire d'après les principes du droit philosophique ou naturel, n'appartiennent pas déjà aux hommes dans l'état de nature[6], mais dérivent pour eux de dispositions légales positives? Il est certain que les termes dont on s'est servi dans la rédaction des art. 8 et 11, ainsi que l'opinion générale des jurisconsultes français et la jurisprudence, militent en faveur de ce dernier système : la jurisprudence des arrêts et la doctrine des auteurs sont empreints d'un esprit presque hostile aux étrangers. Mais comme ce système ouvre la porte à l'arbitraire et qu'il se montre plus conforme aux idées du moyen âge qu'à celles de notre temps, le premier paraît devoir être préféré, d'autant plus qu'il a pour lui l'esprit de la loi du 14 juillet 1819, [abrogative du droit d'aubaine[7].]

obscurs qu'il a aujourd'hui, et la discussion de l'art. 11 ne fait pas connaître les causes de ce changement. [V. Massé, 2, n. 13.]

4 [C'est ce qu'on appelle la réciprocité diplomatique, par opposition à la réciprocité pure et simple ou absolue, qui existerait de plein droit par le fait seul du traitement fait aux Français en pays étranger.]

5 Par exemple, un moine qui, dans son pays, est incapable de succéder, est frappé en France de la même incapacité, Cass., 24 août 1808; Merlin, *Rép.*, v° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 2, et Toullier, 4, n. 102. V. encore Cass., 10 août 1813 et 9 février 1831, S. V., 31, 1, 415.

6 [Nous avons déjà fait remarquer qu'il n'y a pas d'état de nature dans le sens que cette expression reçoit ici, bien qu'il y ait un droit naturel. V. *sup.*, § 2.]

7 [Selon nous, on doit distinguer entre les droits civils, qui sont l'effet d'une concession de la loi, et ceux qui sont la conséquence d'un droit antérieur, commun à tous les hommes, c'est-à-dire du droit naturel ou des gens : les premiers n'appartiennent aux étrangers que sous les conditions ci-dessus déterminées de réciprocité ou d'admission à la jouissance des droits civils; les seconds, au contraire, leur appartiennent toujours, à moins qu'une disposition particulière ne les leur interdise. Massé, 2, n. 19. Les auteurs laissent, en général, beaucoup à désirer sur ce point. V. cependant Demolombe, 1, n. 240, et Demangeat, *De la condition des étrangers en France*, n. 56 et s.]

§ 60. *Des droits civils que la loi attribue formellement aux Français, à l'exclusion des étrangers.*

1° Autrefois, un étranger ne pouvait succéder, *ab intestat*, aux biens que son parent avait laissés en France. Il était exclu de la succession tant lorsque le défunt était Français, soit que d'ailleurs celui-ci fût décédé en France ou en pays étranger, que lorsque le défunt décédé en France n'avait point la qualité de Français[1], [sauf, bien entendu, le cas où le Français défunt aurait pu succéder dans le pays de l'étranger.] La succession à laquelle l'étranger était appelé était dévolue aux héritiers français du défunt, Français ou étranger, et, à défaut d'héritiers, à l'Etat[2], art. 726.

2° De même on ne pouvait faire, au profit d'un étranger, aucune disposition à titre gratuit, soit entre vifs, soit à cause de mort, [que dans le cas où cet étranger pouvait lui-même disposer au profit d'un Français], et cela sans distinguer si le disposant était un Français ou un étranger, art. 912.

Ces deux restrictions étaient historiquement liées au droit d'aubaine de l'ancien temps[3]. On entendait, sous le nom de droit d'aubaine, dans le sens le plus étendu, le droit particulier des étrangers, des *aubains*[4]; et, dans une acception moins large, l'ensemble des restrictions légales auxquelles les étrangers étaient soumis relativement au droit de succéder, et relativement au droit de disposer ou de recevoir à titre gratuit. C'était un principe fondamental de ce droit que la succession d'un étranger qui mourait en France devait échoir à l'Etat, lors même que le défunt aurait laissé un testament. Par droit d'aubaine, en prenant ce mot dans son acception la plus limitée et la plus commune, on entend uniquement ce droit de dévolution. Cependant ce principe souffrait plusieurs exceptions, comme, par exemple, pour les négociants étrangers qui visitaient les foires françaises et décédaient pendant la foire[5].

Le droit d'aubaine, dans cette acception plus limitée, fut supprimé par les lois de l'Assemblée nationale des 6-18 août 1790 et des 13-17 avril 1791. Le Code civil le rétablit[6], mais non dans toute l'éten-

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Succession*, sect. 1, § 11, art. 2. Le droit d'aubaine ne s'appliquait à la succession d'un étranger décédé à l'étranger, qu'au cas où le défunt, né Français, avait été naturalisé à l'étranger. Merlin, *Rép.*, v° *Aubaine*.

[2] Déjà, d'après le droit ancien, la succession de l'étranger était dévolue aux enfants et parents domiciliés en France. Merlin, *Rép.*, v° *Aubaine*.

[3] V. la préface du tome 15 des *Ordonnances du Louvre*; Martens, *Introduction au droit des gens moderne de l'Europe*, § 90.

[4] [Aubain, *alibi natus*.]

[5] Merlin, *loc. cit.* [Massé, 2, n. 10.]

[6] Locré, 2, p. 113; Cass., 28 déc. 1825.

due qu'il avait auparavant, car nulle part il ne prive les étrangers du droit de faire un testament. D'un autre côté, il y ajouta, en déclarant l'étranger incapable de recevoir, même par donation entre vifs[7]. [Mais depuis, la loi du 14 juillet 1819, en abrogeant les art. 726 et 912, a fait disparaître les dernières traces du droit d'aubaine, de sorte qu'aujourd'hui il n'y a plus aucune différence entre les étrangers et les Français relativement au droit de succéder, de disposer ou de recevoir entre vifs.]

3° Les Français seuls, et non les étrangers[8], jouissent du bénéfice de cession de biens. Les Français en jouissent même vis-à-vis des étrangers[9], Pr., art. 905; Com., art. 575.

4° Tout étranger[10], demandeur ou intervenant[11] dans un procès engagé devant un tribunal français, soit au civil, soit au criminel[12], *est tenu*, sur la simple demande[13] du défendeur français ou étranger[14], de fournir caution pour les frais, dommages et in-

[7] D'après l'ancien droit, un étranger était toujours capable de recevoir par donation : *Peregrinus liber vivit, servus moritur*, Merlin, *loc. cit*.

[8] V. cependant Trèves, 24 fév. 1808. [Dans l'espèce de cet arrêt, il s'agissait d'un étranger qui avait en France des immeubles et une maison de commerce. Cette décision est contraire à la généralité des termes de l'art. 905 Pr. Mais l'étranger autorisé à établir son domicile en France jouit du bénéfice de cession de biens, Toullier, 7, n. 263; Pardessus, n. 1328; Pigeau, 2, p. 550; Berriat, p. 685; Duranton, 12, n. 270; Rolland de Villargues, v° *Cession de biens*, n. 5, p. 685; Favard, n. 4; Chauveau sur Carré, n. 3050.]

[9] Cass., 19 fév. 1806.

[10] Fût-il un souverain, Merlin, *Quest.*, v° *Caution* judicatum solvi, § 2; [Massé, 2, n. 248; Boitard, 2, p. 8; Boncenne, 3, p. 173; Ponsot, *Du cautionnement*, n. 390; Chauveau sur Carré, n. 501; — ... Ou ambassadeur. Mêmes autorités.]

[11] [Mais seulement lorsqu'il est demandeur en intervention, et non lorsqu'il est assigné et forcé d'intervenir, Massé, 2, n. 235; Chauveau sur Carré, n. 697 *bis*; Berriat, 2, p. 227, note 4]; ... ou lorsqu'il est défendeur; ou lorsque défendeur il interjette appel, [Limoges, 20 juill. 1832, S. V., 32, 2, 594; Paris, 31 mai 1835, S. V., 35, 2, 82; Carré, n. 700; Merlin, *Rép.*, v° *Caution jud. solv.*, § 1; Ponsot, n. 394; Massé, 2, n. 241];... ou lorsqu'il est demandeur en nullité de saisie, [Merlin, *Rép.*, *eod. verb.*; Coin Delisle, p. 47, n. 14; Chauveau sur Carré, n. 698; Massé, 2, n. 237....; ou lorsqu'il forme une demande reconventionnelle, Boitard, 1, p. 424; Massé, 2, n. 236.]

[12] Devant un tribunal criminel comme partie civile, [Cass., 3 fév. 1814; Legat, p. 312; Carré, n. 705; Duranton, 1, n. 161; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 6; Hélie, *Instr. crim.*, 2, p. 332; Le Sellyer, *Droit crim.*, 2, n. 560; Fœlix, *Droit intern.*, n. 112; Massé, 2, n. 260; Pont, *Revue de législ.*, 5, p. 87; Ponsot, n. 400. — *Contrà*, Chauveau sur Carré, n. 705.]

[13] Cette demande doit être formée « avant toute exception », Pr., art. 166; Delvincourt, sur l'art. 16. Elle ne peut être proposée pour la première fois en appel, Bruxelles, 20 avril 1833, S. V., 34, 2, 240; Toulouse, 16 août 1831, S. V., 34, 2, 44; Douai, 15 avril 1833, S. V., 33, 2, 242; [Demolombe, n. 258; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 12; Marcadé, sur l'art. 16. — On doit, au contraire, selon nous, décider que le défendeur peut demander en appel la caution qu'il n'a pas demandée en première instance, parce que l'appel constitue une instance nouvelle, Paris, 14 mai 1831, S. V., 31, 1, 177; 19 mars 1838, S. V., 38, 2, 182; 23 juill. 1849, S. V., 51, 2, 45; Legat, p. 314; Fœlix, n. 113; Massé, n. 243.]

[14] Malleville et Delvincourt, sur l'art. 16; Merlin. *Rép.*, v° *Caution* jud. solv., § 1, n. 7; [Carré, n. 702; Boitard, 1, p. 10 et 184; Chauveau sur Carré, *loc. cit.*; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 3; Valette

térêts auxquels il pourrait être condamné, art. 16; Pr., art. 166 et 423. Cependant cette règle souffre exception dans les affaires commerciales [15]; — quand l'étranger agit en vertu d'un titre exécutoire [16]; — quand l'étranger est suffisamment domicilié en France [17]; — [enfin quand il y possède des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer le payement des frais et dommages-intérêts [18]], art. 16. Les Français ne sont obligés, dans aucun cas, de fournir cette caution à laquelle on donne le nom de *cautio judicatum solvi*.

5° Les étrangers qui ont été condamnés par jugement d'un tribunal français à faire un payement à un Français peuvent y être contraints par corps si la condamnation atteint ou dépasse 150 francs. Ils peuvent même, sans qu'il y ait eu condamnation préalable, être emprisonnés provisoirement en vertu d'une ordonnance du président du tribunal compétent, si la dette est échue et exigible et s'ils ne peuvent donner de sûreté pour le payement. Un

sur Proudhon, 1, p. 157; Paris, 28 mars 1832, S. V., 32, 2, 388; 30 juillet 1834, S. V., 34, 2, 434. — On doit décider, au contraire, que le droit de réclamer la caution est un privilége de nationalité, dont le bénéfice appartient exclusivement aux Français ou aux étrangers admis en France à l'exercice des droits civils, Orléans, 26 juin 1828; Cass., 15 avril 1842, S. V., 42, 1, 473; Duranton, 1. n. 166; Legat, p. 313; Demolombe, 1, n. 255; Marcadé, sur l'art. 16; Massé, 2, n. 249; Toullier, 1, n. 119; Fœlix, n. 109.]

[15] [Lors même que l'affaire commerciale est incidemment portée devant un tribunal civil, Metz, 26 mars 1821; Merlin, *eod. verb.*, § 1, n. 3; Massé, 2, n. 253 et s.; Fœlix, n. 116; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 7.]

[16] Merlin, *Rép.*, v° *Caution* judicatum solvi, § 1, n. 3 et 12; [Carré, n. 698; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 13; Duranton, 1, n. 164; Massé, 2, n. 140; Paris, 8 germinal an XIII; Cass., 9 avril 1807; Bordeaux, 3 fév. 1835, S. V., 35, 2, 267.] V. cependant le décret du 7 fév. 1809.

[17] L'étranger n'est, dans ce cas, suffisamment établi en France que lorsqu'il est autorisé par le gouvernement à y établir son domicile, Massé, 2, n. 246; Fœlix, n. 108; Duranton, 1, n. 165; Boncenne, 3, p. 180; Boitard, 2, p. 11; Chauveau sur Carré, n. 701.]

[18] Un droit d'usufruit sur un immeuble ne dispense pas le demandeur de donner caution, L. 25, Dig., *Qui satisdare coguntur*; Proudhon, *De l'usufr.*, 1, 19. [Mais il en est dispensé, alors même qu'il ne justifierait pas avoir payé le prix des immeubles qu'il possède, Massé, 2, n. 250. — *Contrà*, Fœlix, n. 117.] — Le demandeur n'est pas tenu de donner sur ses immeubles hypothèque au défendeur, Toullier, 1, n. 212; [Merlin, *loc. cit.*, § 1; Duranton, n. 162; Legat, p. 310; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 10; Fœlix, n. 117; Massé, 2, n. 251; Marcadé, sur l'art. 16. — *Contrà*, Delvincourt, 1, p. 28; Boncenne, 3, p. 93; Pigeau, 1, p. 375; Chauveau sur Carré, n. 708. — ... Sans préjudice, bien entendu, de l'hypothèque judiciaire.] Il est évident, du reste, que des traités diplomatiques peuvent apporter des exceptions à l'obligation de fournir caution. On en a un exemple dans le traité conclu avec la Suisse le 4 vend. an XII, V. Colmar, 28 mars 1810; [et dans le traité conclu avec la Sardaigne le 24 mars 1760. V. Bastia, 16 fév. 1844, S. V., 44, 2, 663. — Mais il ne suffirait pas, pour qu'il y eût dispense de fournir caution, qu'un traité diplomatique autorisât l'exécution, dans les deux pays respectivement, des jugements qui y sont rendus, Massé, 2, n. 247. — *Contrà*, Merlin, *loc. cit.*, § 1; Coin Delisle, sur l'art. 16, n. 8; Marcadé, sur l'art. 16. — Il ne suffirait pas non plus, pour que l'étranger fût dispensé de la caution en France, que le Français en fût dispensé dans le pays de cet étranger, d'après les lois de ce pays, Carré, n. 696; Chauveau sur Carré, *ibid.*; Boncenne, 3, p. 181.)

Français, au contraire, ne peut être contraint par corps, pour une dette civile, que dans certains cas déterminés par la loi. V. les lois des 10 sept. 1807, 18 avril 1832 [et 13 déc. 1848][19].

6° Enfin les Français jouissent aussi de certains avantages sur les étrangers en ce qui concerne le droit d'agir devant les tribunaux français. V. art. 14 [20].

§ 61. *Des droits civils que l'on considère ordinairement comme tels,* ex ratione legis, *et non d'après une disposition formelle de la loi.*

Les droits que, d'après le second des systèmes exposés au § 59, on range principalement parmi les droits civils [1] sont :

1° Le droit d'adopter un Français ou d'être adopté par un Français [2];

2° Le droit de faire une disposition à titre gratuit, entre-vifs ou à cause de mort [3] ;

3° Le droit à l'hypothèque légale [4] ;

[19] V. *infrà*, le tit. de la *Contr. par corps*.

[20] V. *infr.*, § 62.

[1] Il serait impossible de faire une énumération complète des droits civils qui, dans ce système, sont interdits aux étrangers.

[2] V. Toullier, 1, n. 988, qui, dans sa première édition, se prononce pour la validité de l'adoption d'un étranger, et, dans la seconde, professe une opinion contraire. L'adoption est-elle donc essentiellement différente d'une institution contractuelle, et confère-t-elle la qualité de Français? [Comme on le voit, Zachariæ incline pour la validité de l'adoption d'un étranger ou par un étranger. V. en ce sens Valette sur Proudhon, 2, p. 177; Demangeat, p. 362, et Taulier, 1, p. 457. Mais l'opinion contraire est avec raison plus généralement suivie, parce que l'adoption fait plus que donner un droit aux biens; elle crée des rapports de famille, de paternité ou de filiation, qui supposent et auraient pour conséquence de conférer la jouissance des droits civils, Besançon, 18 janv. 1808; Cass., 5 août 1823; 22 nov. 1825 et 17 juill. 1826; Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, sect. 2, § 1, n° 5; et *Success.*, sect. 3, § 4, n. 7; Coin Delisle, sur l'art. 11, n. 9; Marcadé, sur l'art. 346; Demolombe, 1, n. 245.]

[3] [La question ne peut plus se présenter aujourd'hui, la loi du 14 juill. 1819 ayant déclaré les étrangers capables de disposer et de recevoir en France de la même manière que les Français. V. Demolombe, 1, n. 243.]

[4] V. sur cette question controversée, Grenier, *Traité des hyp.*, 1, p. 531, 627; Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*, § 2, n. 9; Troplong, *des Priv. et hyp.*, n. 429 et 513; Dalloz, v° *Hyp.*, ch. 2, sect. 4, art. 2, n. 15. [Il y a à cet égard des distinctions à faire. Il faut d'abord distinguer l'hypothèque légale de la femme mariée de celle du mineur; et, quant à la femme mariée, il faut encore distinguer. La femme étrangère mariée avec un étranger en pays étranger n'a pas d'hypothèque légale sur les biens de son mari situés en France, parce que l'acte de mariage n'a, en ce qui touche l'hypothèque, aucune autorité en France, Liège, 16 mai 1823; Douai, 24 juin 1844, S. V., 44, 2, 339; Bordeaux, 14 juill. 1845, S. V., 46, 2, 394; Massé, n. 2, 332; Fœlix, *Rev. étr.*, t. 1 de la 3e série, p. 25; Grenier, 1, n. 246; Duranton, 19; n. 292; Gaudry, *Revue de législ.*, 2, p. 302. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Remploi*; Troplong, *Hyp.*, n. 429 et 513 *ter*; Valette, n. 139; Tessier, *De la dot*, t. 2, n° 153. — Elle n'a droit à aucune hypothèque lors même que la loi de son pays la lui accorderait, — *Contrà*, Demangeat, p. 380; Cubain, *Droits des femmes*, n. 679; — ... ou que la loi de son pays l'accorderait aux femmes étrangères, à moins qu'il n'y ait réciprocité diplomatique, Paris, 19 août 1851, S. V., 52, 2, 117. — Mais si le mariage entre deux étrangers a lieu en France, il produit hypothèque, Massé, 2, n. 335. — Quant à la femme étrangère qui épouse un Français en pays étranger, et quant à la femme française qui épouse un étranger

4° Le droit de prescrire[5];

5° Le droit de demander des dommages et intérêts à une commune, pour dommages causés par une émeute dans le territoire de cette commune, [L. 10 vend. an IV][6].

Du reste, il n'est pas douteux que les étrangers peuvent acquérir et posséder[7] tout comme les Français, et avoir une hypothèque judiciaire ou une hypothèque conventionnelle sur des immeubles situés en France[8].

aussi en pays étranger, elles n'ont hypothèque sur les biens de leurs maris en France qu'à partir de la transcription de l'acte de célébration du mariage sur les registres de l'état civil en France, conformément à l'art. 171, Cass., 6 janv. 1824; Montpellier, 3 juin 1830; Massé, 2, n. 333. — *Contrà*, mais seulement en ce qui touche la nécessité de la transcription de l'acte de célébration, Cass., 23 nov. 1840, S. V., 40, 1, 929; Douai, 25 août 1851, S. V. 52, 2, 21; Troplong, *ibid.*, n. 513 *bis*; Grenier, 1, n. 247; Tessier, 2, n. 125 et 1091. — Le mineur français a hypothèque légale sur les biens de son tuteur légal étranger situés en France, parce que c'est la loi française qui a déféré la tutelle, Massé, 2, n. 334. — Mais il en est autrement du mineur étranger, Amiens, 18 août 1834, S. V., 35, 2, 481; Rennes, 18 août 1845, S. V., 45, 2, 606; Massé, 2, n. 334; Grenier, 1, n. 284; Duranton, 19, n. 307. — *Contrà*, Troplong, n. 429. — Quant à la tutelle dative, il faut distinguer entre celle qui est déférée en France et celle qui est déférée en pays étranger : celle qui est déférée en France sur un étranger ou au profit d'un étranger emporte hypothèque; mais il en est autrement de celle qui est déférée en pays étranger, Massé, 2, n. 335.]

[5] Contrairement à l'opinion de Pothier, *De la presc.*, n. 20, la majorité des auteurs reconnaît ce droit à l'étranger. V. Merlin, *Rép.*, v° *Prescription*, sect. 1, § 8; Vazeille, *Des Presc.* n. 253; Troplong, *De la presc.*, n. 35; [Demolombe, 1, n. 243; Valette sur Proudhon, 1, p. 177; Duranton, 1, n. 159; Massé, 2, n. 26. C'est un point qui aujourd'hui n'est plus contesté.]

[6] Metz, 1er août 1832, S. V., 32, 2, 485. [Mais il a été jugé au contraire et avec raison que ce droit pouvait être invoqué par les étrangers comme par les Français, parce qu'il est la sanction d'une loi de police et de sûreté, Cass., 17 nov. 1834, S. V., 41, 1, 544. V. Valette sur Proudhon, 1, p. 80.]

[7] Merlin, *Rép.*, v° *Étranger*, § 1, n. 8; Troplong, n. 392 et 429; [Demolombe, n. 243. Ce sont là des droits naturels formellement reconnus d'ailleurs à l'étranger par la loi française, art. 3, 14 et 15.]

[8] [Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 1, n. 6; Troplong, *Des hyp.*, n. 392 et s.; Massé, 2, n. 27 et 29. — L'étranger peut faire le commerce, Massé, 2, n. 19; Pardessus, n. 55; Legat, p. 181; — ... jouir du droit de propriété littéraire; — ... de celui d'inventeur, lorsqu'il est pourvu d'un brevet, Renouard, *Brevets d'invention*, p. 307; — ... s'opposer à l'apposition de sa marque ou de son nom sur des produits commerciaux mis en vente en France, Massé, 2, n. 35, et *Rev. de législ.*, 21, p. 285; *Fœlix*, n. 607. — *Contrà*, Cass., 14 août 1844, S. V., 44, 1, 756; et 12 juill. 1848, S. V., 48, 1, 417. V. Demolombe, 1, n. 246 *bis*, et Serrigny, *Droit public*, 1, p. 252. — ... Il ne peut être tuteur, Colmar, 25 janv. 1817; Bastia, 5 juin 1838, S. V., 38, 2, 439; Massé, 2, n. 19; Demolombe, 1, n. 245 et s. — *Contrà*, Demangeat, p. 365. Mais il pourrait l'être s'il était autorisé à établir son domicile en France. — Il peut être arbitre volontaire, Massé, 2, n. 20; Carré, n. 3260; Montgalvy, *De l'arbitr.*, n. 118; Coin Delisle, sur l'art. 11, n. 8. — *Contrà*, Cass., 7 flor. an V; Thomines, *Proc. civ.*, 2, p. 466; Bellot, *De l'arbitr.*, 1, p. 219. Mais il ne peut être arbitre forcé, Massé, *ibid.*; Pardessus, n. 1389 et 1411; Chauveau sur Carré, n. 3260. — *Contrà*. Vatimesnil, *Encycl. du droit*, v° *Arbitr.*, n. 165; Boitard, 3, p. 432. — Il ne peut être avocat, *Délib. des avocats de Grenoble*, du 6 fév. 1830, S. V., 32, 2, 96; — ... et cela lors même qu'il est admis à établir son domicile en France, *Délib. des avocats de Marseille*, du 12 août 1840, S. V., 40, 2, 555.]

§ 62. *Des contestations entre Français et étrangers, et entre étrangers.*

Les principes qui régissent les actions intentées contre un étranger[1] ou contre un Français, à raison des obligations contractées, soit en France, soit à l'étranger, sont les suivants :

Un étranger résidant ou non en France[2] peut, à raison des obligations[3] contractées par lui, soit en France, soit à l'étranger, envers un Français, être traduit par celui-ci[4] devant les tribunaux français[5],

[1] [Il ne s'agit dans ce § que des actions civiles ou privées, et non de l'action publique à raison des délits. Disons seulement que pour les délits par eux commis en France, les étrangers sont justiciables des tribunaux français, art. 3; Legraverend, *Législ. cr.*, ch. 1, sect. 1, § 1; Mangin, *Action publ.*, 1, n. 60; Favard, vº *Etranger*, n. 1; Le Sellyer, *Droit crim.*, 2, n. 750 et s.; Fœlix, n. 539; Massé, 2, n. 36 et s. Mais il en est autrement des délits par eux commis en pays étranger, Merlin. *Quest.*, vº *Etranger*, § 2, n. 4; Legraverend, *loc. cit.*; Mangin, 1, n. 64; Fœlix, n. 540; Rauter, *Droit crim.*, n. 54; Massé, 2, n. 39]. — Sur la répression des délits commis hors de France par un Français, V. les art. 5, 6 et 7. I. cr.

[2] Un défaut de rédaction de l'art. 14 pourrait induire en erreur, et faire croire qu'un étranger ne peut être poursuivi devant les tribunaux français pour obligations contractées à l'étranger au profit d'un Français que si cet étranger réside en France [ou tout au moins s'il y est trouvé; mais cette interprétation a été repoussée avec raison, Cass., 7 sept. 1808 et 1er juill. 1829; Merlin, *Rép.*, vº *Etranger*, § 5; Locré, sur l'art. 14; Maleville, sur le même article; Massé, 2, n. 189. V. cep. Paris, 28 févr. 1814.]

[3] [Non-seulement à raison des obligations conventionnelles, mais aussi à raison des obligations résultant d'un quasi-contrat ou d'un quasi-délit, Poitiers, 8 prair. an XIII; Rouen, 6 févr. 1841, S. V., 41, 2, 129; Cass., 13 déc. 1842, S. V., 43, 1, 14; Massé, 2, n. 194; Merlin, *Rép.*, vº *Etranger*, § 4; Pardessus, n. 1478; Duranton, 1, n. 151; Marcadé, sur l'art. 14; Demolombe, n. 230; Soloman, *Condit. des étr.*, p. 85; Demangeat, p. 405. — *Contrà*, Paris, 5 juin 1829. —... Et aussi à raison des obligations naturelles, Cass., 19 juill. 1848, S. V., 48, 1, 529. — ... Et à raison des obligations résultant de l'acceptation d'une succession. Montpellier, 12 juill. 1826; Paris, 11 déc. 1847; S. V., 48, 2, 49; Massé, 2, n. 194; Fœlix, p. 222. —... Et à raison d'obligations sociales, Cass., 8 juill. 1840, S. V., 40, 1, 866; Massé, 2, n. 195.] Les actions réelles qui ont pour objet un immeuble situé en pays étranger ne sont point de la compétence des tribunaux français, Arg. art. 3, § 2. [Jugé cependant que l'action en revendication d'un immeuble situé en pays étranger, intentée par un étranger contre un Français, peut être portée devant les tribunaux français, quand cette action est à la fois personnelle et réelle, Douai, 5 avril 1848, S. V., 48, 2, 625.]

[4] [Sans condition de réciprocité diplomatique ou autre, Colmar, 27 août 1816.]

[5] Sur le tribunal français compétent, V. Pr., art. 69, §§ 8 et 9; Merlin, *Quest.*, vº *Assignation*, § 1; vº *Délai*, § 2; vº *Expropriation forcée*, § 3; Dalloz, *Droits civils et politiques*, sect. 1, art. 3. — Si l'étranger n'a pas de résidence en France, il doit être assigné devant le tribunal du domicile du Français demandeur, [Massé, 2, n. 218; Fœlix, p. 216. Mais selon d'autres auteurs, le Français a dans ce cas le choix entre tous les tribunaux du pays, Pardessus, n. 1478; Legat, p. 316.] — Si l'étranger réside en France, il doit être cité devant le tribunal de sa résidence, [Cass., 26 janv. 1836, S. V., 36, 1, 217; Massé, 2, n. 213. — La compétence doit au surplus se déterminer d'après la loi française et non d'après la loi étrangère, Trèves, 23 pluv. an XIII; Massé, 2, n. 211.] — La demande formée par un Français contre un étranger dans le cas de l'art. 14 n'est pas dispensée du préliminaire de la conciliation, Cass., 22 avril 1818; [Favard, *Rép.*, vº *Conciliation*, § 9; Chauveau sur Carré, n. 207 *quater*; Carou, *Juridict. des juges de paix*, n. 784; Rodière, *Procédure*, 1, p. 239. — *Contrà*, Metz, 26 fév. 1819.] — Les agents diplomatiques sont exceptés de la règle de l'art. 14, [Paris, 5 avril 1813; Mar-

art. 14. Le Français[6] jouit de ce droit, même dans le cas où il n'aurait acquis la qualité de Français que postérieurement à l'époque où l'étranger est devenu son débiteur[7]; il en jouit même dans le cas où il n'a pas son domicile en France[8]. Par contre, il ne peut plus en faire usage s'il a déjà porté sa demande contre l'étranger devant les tribunaux étrangers[9].

tens, *Droit des gens*, 2, § 216; Bynkershoëck, *De jud. comp. leg.*, cap. 15. Il en est ainsi des personnes attachées à l'ambassade, pour les obligations qu'elles contractent dans l'intérêt de l'ambassade, Paris, 29 juin 1811; Laferrière, *Droit adm.*, 1, p. 365; Demangeat, p. 275. Il en est de même aussi de la femme d'un agent diplomatique : elle jouit des mêmes immunités que son mari, Paris, 21 août 1841, S. V., 41, 2, 592.] Les agents diplomatiques ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux français que si l'action a pour objet un immeuble situé en France, Arg. art. 3. [Quant aux consuls, ils ne jouissent pas des mêmes priviléges que les agents diplomatiques, et ils sont en conséquence, comme tous autres étrangers, justiciables des tribunaux français, à raison de leurs obligations civiles ou commerciales, Aix, 14 août 1829; Montpellier, 23 janv. 1841, S. V., 41, 2, 193; Massé, 1, n. 440; Wiquefort, *De l'ambass.*, liv. 1, sect. 5; Bynkershoëck, ch. 10; Merlin, *Rép.*, v° *Consul*, § 2, n. 4; Pardessus, n. 1448; Fœlix, p. 269. V. cep. Trib. de la Seine, 1er déc. 1840, S. V., 41, 2, 148. Mais ils ne peuvent être poursuivis devant les tribunaux français à raison des obligations qui se rattachent à l'exercice de leurs fonctions, Cass., 3 vend. an IX; Bordeaux, 20 mai 1826; Massé, 1, n. 442.]

6 [Massé, 2, n. 190. Mais non l'étranger admis en France à la jouissance des droits civils, Massé, n. 191.—*Contrà*, Fœlix, p. 224;—...Ni le Français devenu étranger.]

7 Ce droit ne se rapporte, en effet, qu'à l'exécution de l'obligation contractée par l'étranger; et, d'un autre côté, il est de principe que les lois de procédure ont un effet rétroactif, Trèves, 18 mai 1807; [Aix, 20 juill., 1826; Fœlix, § 154.] Cependant la question est controversée [et controversée avec raison : on doit décider, contrairement à l'opinion de Zachariæ, qu'un étranger ne peut, en se faisant naturaliser Français, soustraire un autre étranger aux juges naturels sur lesquels il devait compter au moment du contrat, Massé, 2, n. 190; Paris, 5 juin 1829, et 11 déc. 1847, S. V., 48, 2, 49. — A plus forte raison l'étranger non naturalisé au moment de l'action par lui intentée contre un autre étranger ne pourrait-il corriger le vice de son action par une naturalisation obtenue depuis l'introduction de l'instance, Rouen, 29 févr., 1840, S. V., 40, 2, 256; Massé, *ibid.*] — Un étranger peut poursuivre un Français devant les tribunaux français, même en raison d'obligations que ce dernier avait contractées avant d'avoir obtenu la qualité de Français, Cass., 27 mars 1833, S. V., 33, 1, 262.

8 Cette question aussi est controversée. L'argument principal en faveur de l'opinion contraire à celle qui est adoptée dans le §, c'est que dans ce système le choix du juge dépendrait du demandeur. Mais c'est là précisément le but de l'art. 14. [On doit donc décider que le Français établi en pays étranger, mais avec esprit de retour, peut citer devant les tribunaux français l'étranger avec lequel il a contracté en pays étranger, Cass., 26 janv. 1836, S. V., 36, 1, 217; Massé, 1, n. 193; Fœlix, § 161; Duranton, n. 51; Demolombe, 1, n. 249; Legat, p. 299.—*Contrà*, Paris, 28 fév. 1814 et 20 mars 1834, S. V., 34, 2, 159; Delvincourt, 1, p. 30.]

9 Autre question controversée. [Il n'est pas douteux que le Français peut renoncer expressément ou tacitement au droit que lui donne l'art. 14, et il y renonce lorsqu'il saisit un tribunal étranger de la demande dont il eût pu saisir un tribunal français, non pas précisément par l'effet d'une litispendance proprement dite, mais par l'effet d'une option qui a épuisé son droit d'action contre l'étranger, Paris, 29 juill. 1826 et 3 mai 1834, S. V., 34, 2, 305; Cass., 14 fév. 1837, S. V., 37, 1, 251; Massé, n. 200; Fœlix, n. 156 et s. — A plus forte raison le Français ne peut-il pas reproduire sa demande devant les tribunaux français, lorsqu'il a succombé devant les tribunaux étrangers, Cass, 15 nov. 1827; 24 févr. 1846, S. V., 46, 1, 474.—*Contrà*, sur l'un et l'autre point, Paris, 22 juin 1843, S. V., 43, 2, 346; Montpellier, 12 janv. 1826; Cass., 27 déc. 1852,

Les tribunaux français paraissent également compétents, au cas où le Français ne poursuit un étranger qu'en qualité d'ayant droit et comme cessionnaire d'un étranger [10].

Un Français peut être poursuivi devant les tribunaux français, même en raison des obligations contractées par lui à l'étranger, soit avec un Français, soit avec un étranger [11], art. 15.

Mais un étranger ne peut être poursuivi par un étranger devant les tribunaux français [12], lors même que la demande aurait pour objet

S. V., 53, 1, 94; Boncenne, 3, p. 224; Toullier, 10, n. 81. — Toutefois il peut y avoir telles circonstances où l'option faite d'un tribunal étranger pourrait ne pas emporter renonciation définitive à la juridiction des tribunaux français: tel est le cas où, au moment de la demande, le Français avait intérêt à agir en pays étranger plutôt qu'en France, parce que le débiteur n'y possédait aucunes propriétés; et où plus tard l'étranger vient à posséder en France des biens ou des valeurs, Rouen, 19 juill. 1842, S. V., 42, 2, 389; Paris, 22 nov. 1851, S. V., 51, 2, 783, et Cass., 27 déc. 1852, S. V., 53, 1, 94; Massé, 2, n. 202; Merlin, *Quest.*, vº *Jugement*, § 14, n. 1; Toullier, 10, n. 82; Boncenne, 3, p. 224. — *Contrà*, Fœlix, § 157. — L'élection de domicile dans un lieu dépendant du pays de l'étranger peut aussi, selon les circonstances, être considérée comme une renonciation du Français à poursuivre l'étranger ailleurs que devant le tribunal du domicile élu, Massé, 2, n. 199.]

[10] Encore une question controversée. *Favorabilior est causa Galli.* [A cet égard, c'est-à-dire sur le point de savoir si l'étranger n'est justiciable des tribunaux français que pour les obligations par lui directement contractées envers un Français, et s'il en est également justiciable pour celles contractées envers un étranger et dont un Français serait devenu cessionnaire, il faut distinguer. S'il s'agit d'obligations civiles ou commerciales non transmissibles par voie d'ordre, le Français qui ne peut avoir plus de droits que son cédant étranger ne peut traduire le débiteur étranger devant les tribunaux français, dans le cas où le créancier originaire étranger ne pourrait pas l'y traduire lui-même, Cass., 26 janv. 1833, S. V., 33, 1, 100; Merlin, *Rép.*, vº *Etranger*, § 4, n. 4; Massé, 1, n. 196;... à moins toutefois que le débiteur étranger n'ait établi sa résidence en France, Massé, 2, n. 197; Fœlix, p. 219. — Mais s'il s'agit d'obligations transmissibles par voie d'ordre ou d'endossement, le débiteur étranger, qui est réputé s'être engagé directement envers tous les porteurs présents et à venir, est justiciable des tribunaux français si le billet ou la lettre de change se trouvent entre les mains d'un porteur français, Cass., 25 sept. 1829; Cass., 26 janv. 1833, S. V., 33, 1, 100; Paris, 15 oct. 1834, S. V., 34, 2, 657; Merlin, *Quest.*, vº *Etranger*, § 4, n. 3; Massé, 2, n. 196. — *Contrà*, Douai, 27 fév. 1828; Poitiers, 5 juill. 1832, S. V., 32, 2, 441; Paris, 27 mars 1835, S. V., 35, 2, 218. — De même l'assureur étranger pour compte de qui il appartiendra peut être cité devant les tribunaux français par le propriétaire français des objets assurés, bien que le mandataire qui a fait l'assurance soit étranger, Massé, 2, n. 198.]

[11] [Cette règle est absolue et n'est point subordonnée au principe de la réciprocité, Massé, 2, n. 184; Fœlix, p. 170; elle s'applique non-seulement au Français d'origine, mais encore à l'étranger naturalisé Français depuis l'obligation, Massé, 3, n. 185; V. *sup.*, note 7.]

[12] Cette règle est fondée en partie sur un argument tiré des art. 14 et 15, en partie sur la jurisprudence. Elle fait de la France un asile pour les étrangers qui ont à craindre dans leur patrie l'emprisonnement pour dettes. [V. dans le sens de la règle, Merlin, *Rép.*, vº *Etranger*, § 2; Toullier, 1, n. 265; Delvincourt, 1, p. 15 et 16; Pigeau, *Proc. civ.*, 1, p. 100; Duranton, 1, p. 152; Pardessus, n. 1477; Favard, vº *Etranger*; Nouguier, *Trib. de com.*, 2, n. 167. — En sens contraire et à l'appui du principe général qui attribue avec raison juridiction aux tribunaux français pour connaître des contestations entre étrangers à raison des obligations contractées en France, V. Massé, n. 167 et s.; Fœlix, n. 121 et s.; Soloman, p. 94; Demangeat, p. 289.] Quelques auteurs ne regardent pas le principe ci-dessus posé comme applicable quand il s'agit de prononcer sur l'exécution d'un jugement rendu à l'étranger contre un étranger, au profit d'un

l'accomplissement d'une obligation contractée en France [13], et lors même que l'étranger demandeur aurait son domicile en France [14], à moins qu'il n'eût établi ce domicile en France avec l'autorisation du gouvernement, art. 13, cas auquel il devrait être assimilé au Français, relativement à la compétence des tribunaux français [15].

Cependant la règle qu'un étranger ne peut être poursuivi devant les tribunaux français par un autre étranger, souffre exception :

1° Lorsque le défendeur s'est expressément ou tacitement [16] soumis à la juridiction des tribunaux français, en supposant que, d'après la nature de la contestation, une prorogation de juridiction soit admissible [17]; et même dans ce cas la prorogation de juridiction n'a pour conséquence que de reconnaître aux tribunaux français le droit, mais non le devoir de juger la contestation [18];

2° Lorsque l'étranger défendeur, dans un cas où la prorogation de juridiction est admise, forme une demande reconventionnelle contre l'étranger demandeur [19];

étranger, Merlin, *Rép.*, v° *Jugement*, § 8, et *Quest.*, v° *Etranger*, § 2. [Il suit de là que lorsqu'une saisie-arrêt a lieu en France en vertu de jugements rendus en pays étranger, les tribunaux français sont compétents pour statuer sur la validité de la saisie, Paris, 5 août 1832, S.V., 33, 2, 20; Massé, 2, n. 178. — Il y a plus : lors même qu'une saisie-arrêt a lieu en France en vertu de titres ou d'obligations dont les tribunaux français ne peuvent connaître, ils n'en sont pas moins compétents pour statuer en la forme sur la validité de la saisie, Aix, 6 juin 1831, S. V., 33, 2, 43; Paris, 19 janv. 1850, S. V., 50, 2, 462; Massé, *ibid.*; Fœlix, n. 137. V. Cependant Aix, 13 juill. 1831, S. V., 33, 2, 45; Paris, 24 avril 1831, S. V., 41, 2, 537; Douai, 12 juill. 1844, S. V., 44, 2, 491.]

13 Mourre, *Œuvres judiciaires*, 4, p. 342; Duranton, 1, p. 154; Cass., 22 janv. 1806. [*Contrà*, tous les auteurs cités *sup.*, note 12, à l'appui de la compétence générale des tribunaux français. Mais si l'obligation avait été souscrite en pays étranger, il est incontestable que les tribunaux français ne pourraient en connaître, Metz, 3 et 6 juin 1823; Rouen, 29 fév. 1840, S. V., 40, 2, 256; Paris, 13 mars 1849, S. V. 49, 2, 637; Massé, 2, n. 171,... à moins toutefois que l'obligation ne fût stipulée payable en France, Massé, 2, n. 178.]

14 La question de savoir si l'étranger qui a en France un domicile de fait, mais qui n'est pas autorisé par le gouvernement à y établir son domicile, peut être poursuivi par un étranger devant les tribunaux français, est particulièrement controversée. [Si l'une ou l'autre des parties est régulièrement autorisée à résider en France, il n'est pas douteux que les tribunaux français sont compétents pour connaître de leurs contestations, Metz, 17 janv. 1839, S. V., 39, 2, 474; Rennes, 27 avril 1847, S. V., 47, 2, 444; Legat, p. 305. — Quant au demandeur, il ne suffit pas, dans le système qui en principe nie la compétence des tribunaux français, qu'il ait une résidence de fait; il faut de plus qu'il soit autorisé, Massé, 2, n. 175. — Quant au défendeur, il suffit qu'il ait une résidence de fait, *Ibid.*; Trèves, 18 mars 1807; Pau, 3 déc. 1836, S. V., 37, 2, 363; Cass., 8 avril 1851, S. V., 51, 1, 355.]

15 [V. la note qui précède.] L'obligation eût-elle même été contractée avant l'autorisisation, [Cass., 7 mars 1833, S. V., 33, 1, 262; Massé, n° 185; Fœlix, n. 104. — *Contrà*, 6 août 1817; Rouen, 29 févr. 1840, S. V., 40, 2, 256.]

16 Tacitement, s'il n'a pas proposé l'exception d'incompétence *in limine litis*, [Cass., 5 frim. an XIV, et 4 sept. 1811; Massé, 2, n. 170; Fœlix, n. 128; Nouguier, 2, p. 416. — *Contrà*, Paris, 26 avril 1823.]

17 V. Cass., 30 pluv. an XIII, et 22 mars 1806.

18 Cass., 8 avril 1818; 2 avril 1833, S. V., 33, 1, 435; 29 mai 1833, S. V., 33, 1, 522; [Legat, p. 302.]

19 Locré, sur l'art. 14.

3° Lorsqu'il s'agit d'une action réelle ou d'une action mixte, et que l'objet de la demande est situé en France [20], Arg. art. 3, alin. 2;

4° Lorsque l'action tend à des dommages et intérêts pour réparation d'un délit, en raison duquel une peine peut être infligée à l'étranger par les tribunaux français [21], Arg. art. 3, alin. 1;

5° Lorsque la demande a pour but une disposition qui peut être considérée en même temps comme une mesure de police [22];

6° Lorsque l'action concerne une obligation commerciale contractée en France, en foire ou autrement, par un étranger envers un étranger [23];

7° Lorsqu'une action intentée par un étranger contre un étranger est connexe avec une autre action intentée par le même contre un Français [24];

8° Lorsque des traités diplomatiques confèrent ce droit au demandeur étranger.

[20] Il n'y a aucun doute en ce qui concerne les actions réelles ou immobilières relatives à des immeubles situés en France, alors même que ces actions sont mixtes, Massé, 2, n. 166; Merlin, *Rép.*, v° *Compét.*, n. 9; Pigeau, liv. 2, part. 1, tit. 2, ch. 1, sect. 2; Fœlix, p. 135. Ainsi les tribunaux français sont compétents pour connaître de la demande en nullité d'une vente d'immeubles situés en France, Paris, 14 therm. an XII. — Ils seraient même compétents bien que les immeubles fussent situés en pays étranger, s'ils dépendaient d'une succession ouverte en France, de la liquidation de laquelle ils seraient régulièrement saisis, Cass., 19 avril 1852, S. V., 52, 1, 801. — Ils peuvent même connaître des actions mobilières relatives à une succession ouverte en France, Paris, 28 juin 1834, S. V., 34, 2, 385.]

[21] Duranton, 1, n. 153. [Peu importe que l'action civile de l'étranger soit exercée accessoirement à l'action publique, Bordeaux, 11 août 1842, S. V., 43, 2, 216; Massé, n. 177; Mangin, *Act. publ.*, 1, n. 125; Fœlix, n. 140; ou qu'elle soit exercée séparément, Massé, *ibid.* — *Contrà*, Fœlix, *ibid.*]

[22] Bien que les tribunaux français soient incompétents pour connaître d'une demande en séparation de corps entre étrangers, Caen, 26 avril 1823; Cass., 30 juin 1823, cependant, ils peuvent, par mesure de sûreté, autoriser la femme à quitter le domicile conjugal, Paris, 26 avril 1823; prononcer sur une demande en séparation de biens formée par une femme née Française, contre son mari étranger, Paris, 30 mai 1826; enfin condamner un époux étranger à fournir des aliments à son conjoint, Paris, 19 déc. 1833, S. V., 34, 2, 383. [V. Massé, 2, n. 179. — Les tribunaux français connaissent des demandes en rectification des actes de l'état civil des étrangers inscrits en France sur les registres de l'état civil, pourvu que la demande en rectification ne se rattache pas à une demande en réclamation d'état, dont les tribunaux français ne pourraient connaître, Cass., 14 mai 1834, S. V., 34, 1, 847.]

[23] Delvincourt, sur l'art. 14; Duranton, 1, n. 152; Lagrange, 1, p. 53; Merlin, *Rép.*, v° *Etranger*, § 2; [Toullier, 1, n. 265; Pardessus, n. 1477; Nouguier, *Lettre de ch.*, 1, p. 485; Paris, 30 mars 1808, 24 mai 1817; Rennes, 28 déc. 1820; Paris, 10 nov. 1825, 11 janvier 1825; Cass., 26 nov. 1828; Aix, 13 mai 1831, S. V., 31, 2, 209; Cass., 26 avril 1833, S. V., 33, 2, 456; Agen, 23 janv. 1841, S. V., 41, 2, 193. C'est là un point constant, et que reconnaissent fort illogiquement ceux qui nient la compétence des tribunaux français pour connaître des obligations purement civiles. V. Massé, 2, n. 173.]

[24] Cass., 2 févr. 1832, S. V., 32, 2, 133; [Colmar, 30 déc. 1815. — L'étranger qui décline la compétence des tribunaux français ne peut se pourvoir en cassation par voie de règlement de juges contre le jugement qui rejette son déclinatoire : il doit se pourvoir par appel, Cass., 25 janv. 1825.]

CHAPITRE II.

DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

§ 63. *Généralités.*

[La privation des droits civils est ordinairement la conséquence de la perte de l'état civil, soit qu'il se perde d'une manière absolue, *sensu lato*, V. § 51 ; ou d'une manière relative, *sensu stricto*, V. *ibid.*—Cette privation est aussi quelquefois la conséquence d'une situation passagère qui n'a aucune influence sur l'état civil. V. § 70.]

SECTION Ire. — DE LA PERTE DE L'ÉTAT CIVIL *SENSU LATO*.

§ 64. *De la mort naturelle.*

L'homme perd son état civil par la mort naturelle, en ce qu'il ne peut plus acquérir un droit ouvert après son décès, et que, de plus, son patrimoine passe à ses héritiers ou successeurs, art. 185, 718.

§ 65. *De la mort civile. — Des causes qui l'entraînent.*

L'homme perd encore l'état civil par la mort civile.

La mort civile est une fiction de la loi d'après laquelle un homme vivant est réputé mort [1]. — La mort civile est la conséquence des condamnations aux peines auxquelles la loi a expressément [2] attaché l'effet de la produire, art. 22.

La mort civile n'est pas une peine, mais la conséquence d'une peine, et cette conséquence a lieu de plein droit [3].

Les lois de la Révolution prononçaient la mort civile contre les

[1] Si l'on objectait à cette définition qu'elle ne s'applique pas au cas où la mort civile résulte de l'exécution réelle d'une condamnation à mort, on pourrait répondre que, dans ce cas même, la mort civile précède, ne fût-ce que de quelques instants, la mort naturelle. V. le § suiv., note 3. V. aussi Locré, sur l'art. 23.

[2] Par suite, une loi qui, comme celle du 12 janvier 1816, viendrait à priver certaines personnes de la jouissance de tous leurs droits civils, n'aurait pas pour conséquence, à moins d'une disposition expresse, de les frapper de mort civile, Cass., 20 février 1821 ; [Merlin, *Rép.*, v° *Mort civile*, § 1, art. 1 ; Desquiron, *De la mort civ.*, n. 107 et s.]

[3] Par conséquent, sans qu'elle ait besoin d'être prononcée par le jugement de condamnation, Delvincourt, sur l'art. 22. [C'est en ce sens seulement qu'on peut soutenir qu'elle n'est pas une peine ; car c'est, à vrai dire, une peine accessoire, Demolombe, n. 195 ; Marcadé, sur l'art. 22. — Elle a, du reste, été prononcée comme peine principale par le décret du 6 avril 1809, contre les Français qui portent les armes contre leur patrie ; et par le décret du 26 août 1811, contre les Français qui, sans autorisation, se font naturaliser en pays étranger ou acceptent des fonctions publiques étrangères. Sur le point de savoir si ces décrets sont encore en vigueur, V. *inf.*, § 69.]

émigrés. V. notamment la loi du 28 mars 1793 [4]. Bien que ces lois de circonstance aient été abrogées, elles ont encore un certain intérêt pratique pour l'appréciation des droits et des obligations nés sous leur empire. Du reste, ce genre de mort civile résultant de lois spéciales, il n'en sera plus question dans les paragraphes suivants.

Le droit ancien frappait aussi de mort civile ceux qui prononçaient des vœux monastiques. Le droit nouveau n'a pas conservé cette espèce de mort civile [5], qui ne peut plus atteindre que des étrangers [6].

§ 66. *Quelles peines emportent la mort civile et comment elle est encourue.*

Les peines qui entraînent la mort civile sont : 1° la peine de mort, art. 23 ; 2° la peine des travaux forcés à perpétuité, art. 24; Pén., art. 18. — Autrefois, aux termes de l'art. 18 Pén., la déportation entraînait la mort civile. Mais cette disposition de l'art. 18 a été abrogée par l'art. 3 de la loi du 8 juin 1850.

Dans tous ces différents cas, la condamnation ne suffit pas pour qu'il y ait mort civile; il faut, de plus, l'exécution réelle ou par effigie [1], art 26, 27. Par suite, si le condamné meurt avant l'exécution, il meurt dans l'entière jouissance de ses droits [2]. Cepen-

[4] [V Gilbert, *Code civil annoté*, sur l'art. 22, n. 3 et s.]

[5] Loi des 13-29 févr. 1790. Les congrégations hospitalières ou religieuses dûment autorisées ne doivent pas être assimilées aux anciens ordres monastiques, Décret du 18 fév. 1809; loi du 24 mai 1825 [V. Gênes, 8 juillet 1809.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Profession monastique*; v° *Succession*, sect. 1, § 2, art. 2; et *Quest.*, v° *Mariage*, § 5.

[1] [Si donc, avant toute exécution, le condamné obtient sa grâce, ou si sa peine est commuée en une peine n'emportant pas la mort civile, la mort civile n'est pas encourue, Cass., 6 avril 1832, S. V., 32, 1, 708; Orléans, 5 fév. 1847, S. V., 47, 2, 586; Demolombe, 1, n. 235; Merlin, *Rép.*, v° *Mort civile*, § 1er, art. 6, n. 5; Toullier, 1, n. 291; Duranton, 1, n. 240. *Quid*, si la grâce ou la commutation intervient après la condamnation? V. le § suiv. — La condamnation à mort est exécutée au moment où le condamné est frappé, et non pas seulement au moment où il se met en marche pour aller au supplice, Coin Delisle, sur l'art. 26, n. 4; Marcadé, sur l'art. 26; Demolombe, 1, n. 118. — La condamnation aux travaux forcés est exécutée au moment où le condamné arrive au lieu où il doit subir sa peine, Marcadé, *ibid.*; Demolombe, *ibid.* — *Contrà*, Toullier, 1, n° 275; Merlin, *Rép.*, v° *Mort civ.*, § 1, art. 5, n. 4; Duranton, 1, n. 222; Carnot, sur l'art. 18 Pén., qui, lorsque l'exposition publique avait lieu, voyaient dans cette exposition un commencement d'exécution de la peine. — La déportation, quand elle emportait la mort civile, était exécutée soit lorsque le condamné avait été transféré hors de France, dans le lieu où il doit subir sa peine, soit lorsqu'il était arrivé en France, au lieu où il devait subir la détention, qui tenait lieu de déportation, Pén art 17; L. 9 sept. 1835; Demolombe, 1, n. 119; Marcadé, sur l'art. 26. — Il en était autrement sous le Code pénal de 1810 : il fallait la translation effective, Toulouse, 11 août 1820.]

[2] Même dans le cas où il a mis fin à ses jours, Toullier, 1, n. 288; [Demolombe, 1, n. 220. — Par suite, les actes d'aliénation qu'il a faits avant sa mort naturelle, les donations entre vifs, les testaments, sont valables, Marcadé, sur l'art. 26; Demolombe, 1, n. 220.] — Quant

dant, il faut encore, pour déterminer le moment où l'exécution emporte la mort civile, faire une distinction : si la condamnation est contradictoire, la mort civile a lieu à compter du jour de l'exécution [3], art. 26; si, au contraire, la condamnation est par contumace, la mort civile n'est encourue que cinq ans après l'exécution par effigie [4], art. 27. Avant l'expiration des cinq ans, les héritiers du condamné ne peuvent demander à être mis en possession de ses biens [5] ; et si, pendant ces cinq années, le contumax se représente, est repris ou meurt, la condamnation prononcée contre lui tombe de plein droit, art. 29 à 31 [6]. V. aussi I. cr., art. 465 et s.

aux actes faits par le mort civilement avant l'exécution de la peine, ils ne peuvent [après cette exécution] être attaqués comme faits *in fraudem heredum*. V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 26; Toullier, 1, n. 288; Duranton, 1, n. 233 ; Merlin, *Rép.*, v° *Mort civile*, § 1, art. 5, n. 1; [Demolombe, 1, n. 220 ; Marcadé, sur l'art. 25. V. cependant Valette sur Proudhon, 1, p 149. — Sur le testament, V. le § suiv.]

[3] C'est-à-dire à compter du premier moment de ce jour, Toullier, n. 221; Merlin, *Rép.*, v° *Mort civ.*, § 1, art. 5, n. 5; [Vazeille, sur l'art. 719, n. 3; Desquiron, *Mort civ.*, n. 225; Proudhon, 1, p. 74.] — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 26 ; [Duranton 1, n. 221 ; Coin Delisle, sur l'art. 26; Marcadé, *ibid.* ; Demolombe, 1, n. 217], qui pensent [avec raison] que la mort civile n'est encourue que du moment de l'exécution. [Puisque, s'il n'y avait pas exécution, il n'y aurait pas mort civile, et qu'il n'y a aucun motif pour donner à cette exécution un effet rétroactif.]

[4] C'est à l'expiration des cinq ans, et non pas seulement à l'expiration des vingt ans, nécessaires pour rendre la condamnation définitive, V. art. 635 I. cr., qu'ont lieu toutes les conséquences juridiques de la mort civile, Lagrange, 1, p. 58. [Il suit de là que la dissolution du mariage du mort civil est opérée à l'expiration des cinq ans, et non-seulement à l'expiration des vingt ans, Douai, 3 août 1810; Rennes, 11 mai 1847, S. V., 47, 2, 344, et 5 juin 1851, S. V., 51, 2, 341; Cass.. 2 déc. 1851, S. V., 52, 1, 54; Desquiron, n. 450; Richelot, 1, n. 114; Valette sur Proudhon, 1, p. 477 ; Demolombe, 1, n. 231. — *Contrà*, Angers, 21 août 1840, S. V , 40, 2, 372 ; Delvincourt, sur l'art. 27 ; Duranton, 1, n. 253.] — Deux systèmes se trouvèrent en présence au Conseil d'État sur le point de départ de la mort civile en matière de condamnation par contumace. D'après le premier, l'exécution par effigie des jugements devait entraîner immédiatement la mort civile; seulement ces effets n'étaient pas irrévocables pendant les cinq années qui suivaient cette exécution. Dans l'autre système, la mort civile n'était encourue qu'après les cinq années. C'est ce dernier système qui a prévalu, V. Locré, sur l'art. 27. [Ces cinq ans partent de la fin de la journée de l'exécution, Marcadé, sur l'art. 27.]

[5] [Jusque-là, ils sont administrés par la régie des domaines qui représente le condamné en justice, Montpellier, 19 et 26 mars 1836, S V., 36, 2, 221 et 319; Cass., 6 déc. 1836, S. V., 37, 1, 171 ; Cass., 6 janvier 1845, S. V., 45, 2, 595 ; Marcadé, sur l'art. 28; Demolombe, 1, n. 225. — Toutefois, les biens des condamnés par contumace, quoique séquestrés, n'en sont pas moins soumis à l'exercice des droits des créanciers, Av. du Cons. d'Etat du 20 sept. 1809 ; décision du grand-juge du 17 prairial an XI et circul. du 14 août 1807. — Après les cinq ans, les biens sont restitués et acquis aux créanciers, Duranton, 1, n 229; Coin Delisle, sur l'art. 29; Marcadé, *ibid.*; Delvincourt, n. 230. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 29, qui pense que les biens ne doivent être restitués aux héritiers qu'après les vingt ans qui rendent la condamnation irrévocable. — L'administration des domaines peut-elle exercer la contrainte par corps contre le mort civilement pour le recouvrement des frais de justice auxquels il a été condamné? V. S. V., 46, 2, 425.]

[6] Comme s'il n'y avait pas eu de jugement, Lagrange, 1, p. 52. Le développement des articles cités appartient au droit criminel, avec lequel ils se lient intimement. Ils ont, du reste, été partiellement modifiés par l'art. 465 I. cr. V. Carnot, *Instr. cr.*, sur les art. 465 et s.;

§ 67. *Des effets de la mort civile.*

Le mort civilement, quel que soit le lieu de sa résidence[1], art. 3, § 3, est assimilé au mort naturellement. Ses biens passent à ses héritiers au moment où la mort civile est encourue, et il est à l'avenir incapable d'acquérir de nouveaux biens. Il n'a plus que la vie physique, et ne peut plus exercer que les droits qui sont nécessaires à la conservation de son existence[2], Arg. art. 25.

Il résulte de là : 1° que, par la mort civile, la succession du mort civilement s'ouvre comme s'il était mort naturellement, art. 718. Elle est recueillie par ses héritiers les plus proches[3] au moment où la mort civile a été encourue. Les droits ou avantages qui devaient s'ouvrir ou s'éteindre au profit des tiers par le fait de la mort naturelle sont ouverts ou éteints par la mort civile, V. art. 617, 1053, à moins qu'il n'y ait dans la loi une exception expresse à ce principe, art. 1982[4], ou qu'il ne s'agisse d'un droit constitué sur la tête du mort civilement, c'est-à-dire qui doive subsister jusqu'à sa mort naturelle. V. art. 1982[5]. — Le testament du mort civilement est considéré comme nul[6], art. 25.

2° Le mort civilement ne peut pas hériter, et ses héritiers ne

Legraverend, *Traité de législ. crim.*, 2, p. 325; Proudhon, *De l'usufr.*, 4, p. 1994; Vazeille, *Tr. du mar.*, 1, n. 125; De Moly, *Traité des abs.*, n. 783 et s.; Delvincourt, sur l'art. 29 et s.; Duranton, 1, n. 224 et s.; Guichard, *Tr. des dr. civ.*, p. 369 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Séquestre par contumace;* [Marcadé, sur les art. 29 et s.; Demolombe, 1, n. 226 et s.]

[1] Delvincourt, sur l'art. 22. V. cependant Cass., 26 janvier 1807. [Ainsi, bien que résidant en pays étranger, il ne peut prétendre à aucun droit civil en France, même à ceux qui appartiendraient à un étranger; mais il n'est pas mort civil en pays étranger. Les actes qu'il y fait y sont valables, bien qu'ils ne puissent avoir aucun effet en France, Marcadé, sur l'art. 25.]

[2] Ce principe sert de base aux dispositions spéciales de l'art. 25, qui est énonciatif et non limitatif, malgré l'argument qu'on peut tirer en sens contraire de l'art. 22. V. Locré et Maleville sur cet art.; Toullier, 1, n. 279; [Merlin, *Rép.*, v° *Mort civ.*, § 1, art. 2; Duranton, 1, n. 247; Coin Delisle, sur l'article 25; Richelot, 1, n. 111; Marcadé, sur l'art. 25. — *Contrà*, Demolombe, 1, n. 208.]

[3] Les enfants conçus avant que la mort civile soit encourue profitent de la règle : *Nasciturus habetur pro nato.* Cass., 3 février 1813.

[4] Merlin, *Rép.*, v° *Mort civil*, § 1, art. 3, n° 11.

[5] [Une rente viagère.]

[6] *Civiliter mortuus semper intestatus decedit*, Cass., 28 germ. an XII; 20 mai 1812 : [même lorsqu'il s'agit d'un testament antérieur à la condamnation, Agen, 28 juin 1824; Delvincourt, sur l'art. 25; Toullier, 1, n. 281; Duranton, 1, n. 428; Coin Delisle, sur l'art 25. — C'est pour cause d'*indignité* que le testament du mort civil est nul; ce n'est pas pour cause d'*incapacité*, car le testateur est capable au moment où il teste, et au moment où il meurt civilement. L'incapacité ne vient qu'après la mort civile. V. Demolombe, 1, n. 200; Marcadé, sur l'art. 25; Valette sur Proudhon, 1, p. 149. V. cependant Toullier, 1, n. 281; Duranton, 1, n. 248; Coin Delisle, sur l'art. 25; Richelot, n. 113; Lagrange, p. 126.] — Cette nullité ne s'applique pas aux donations à cause de mort, Delvincourt, sur l'art. 25; Duranton, 1, n. 248; et 9, n. 700; ni aux institutions contractuelles, Marcadé, sur l'art. 25, n. 13; Demolombe, 1, n. 201. — *Contrà* Demante, *Thémis*, 7, p. 476.

peuvent recueillir de lui les biens qui lui sont advenus par la suite. Ces biens passent à l'Etat par droit de déshérence lorsque le mort civilement vient à mourir naturellement. Cependant l'Etat peut les abandonner à la veuve, aux enfants ou aux autres parents du mort civilement, art. 33.

3° Le mort civilement ne peut ni disposer[7], ni recevoir en vertu d'une disposition à titre gratuit, excepté pour cause d'aliment[8] ou comme don manuel[9].

4° Mais il peut faire des acquisitions à titre onéreux avec le produit de son travail[10] et les consolider par la prescription[11].

5° Il ne peut être ni tuteur[12], ni curateur, ni membre d'un conseil de famille[13], art. 443, 445; il ne peut être ni témoin instrumentaire, ni témoin en justice[14].

6° Il ne peut ester en justice, comme demandeur ou comme défendeur, que sous le nom et par l'intermédiaire d'un curateur[15] qui doit lui être nommé par le tribunal saisi de l'action[16].

[7] V. cependant Lagrange, 1, p. 62, qui excepte les donations ayant pour cause l'établissement d'un enfant. [V. Cass., 14 juin 1827.]

[8] Il peut même demander des aliments à ses enfants, Proudhon, *De l'usufruit*, 4, n. 1984 et s.; Paris, 28 août 1808; [Duranton, 1, n. 255; Chardon, *Puiss. patern.*, n. 275; Coin Delisle, sur l'art. 25; Marcadé, *ibid.*; Demolombe, 1, n. 204. Réciproquement, ses enfants et ses ascendants ont le droit de lui en demander, Coin Delisle, *ibid.*; Demolombe, 1, n. 204; de même qu'il peut leur en fournir; mais il ne pourrait disposer à leur profit, soit entre-vifs, soit par testament, même pour cause d'aliments. Coin Delisle, *ibid.*; Demolombe, *ibid.* — *Contrà*, Duranton, 1, n. 262.]

[9] Locré, sur l'art. 25; Duranton, 1, n. 223; [Toullier, 1, n. 282; Desquiron, n. 365; Coin Delisle, sur l'art. 25; pourvu, toutefois, qu'il s'agisse d'objets d'une valeur minime, tellement que le don ne soit pas réputé une fraude à la loi. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 25; Demolombe, 1, n. 205. — Il peut faire ou recevoir la remise forcée d'une dette, par exemple par un concordat, Valette sur Proudhon, 1, p. 151; Demolombe, 1, n. 203; mais il ne peut ni faire ni recevoir une remise purement volontaire et ayant le caractère d'une libéralité, Demolombe, *ibid.* — *Contrà*, Duranton, 1, n. 263.

[10] [Il peut aussi vendre, et faire ces acquisitions et ces ventes par acte public, Toullier, 1, n. 280; Coin Delisle, sur l'art. 25; Marcadé, *ibid.* — *Contrà*, en ce qui touche l'acte public, Troplong, *de la Vente*, n. 175. — Il peut, conséquemment, donner et recevoir une hypothèque, Cass., 18 juin 1808; Merlin, *Rép.*, v° *Mort civ.*, § 1, art. 1; Coin Delisle, sur l'art. 25; Marcadé, *ibid.* — *Contrà*, Troplong, *Hyp.*, n. 463 *ter*. — Il peut également faire le commerce, Massé, 3, n. 155; Toullier, 1, n. 180; Duranton, 1, n. 143; Pardessus, n. 155; Richelot, n. 11; Desquiron, n. 287. — Il peut aussi obtenir un brevet d'invention et être investi de droits de propriété littéraire et artistique, Massé, *ibid.*, n. 156; Renouard, p. 432, 2e éd.]

[11] L. 15, Dig., *De interd. et releg.*; Delvincourt, 1, p. 5, et 2, p. 659; Vazeille, *Des prescr.*, n. 253; Troplong, *De la prescr.*, n. 36; Locré, sur l'art. 25; [Duranton, 21, n. 95; Valette sur Proudhon, 1, n. 77.]

[12] [Ni, s'il était mineur, avoir un tuteur, Marcadé, sur l'art. 25.]

[13] Paris, 26 therm. an IX. A plus forte raison ne conserve-t-il pas la puissance paternelle. Lagrange, 1, p. 63 et s.

[14] *Nec solemnitatis nec probationis causâ.*

[15] [Ni par conséquent compromettre, Pr. 1004; Massé, 3, n. 158; Chauveau sur Carré, n. 3255; Mongalvy, *De l'arbitr.*, n. 279; Vatimesnil, n. 99 et 100. — *Contrà*, Carré, n. 3256.]

[16] V. sur le tribunal compétent, Lagrange, 1, n. 66, et en particulier, pour l'ancien droit, Merlin, *Quest.*, v° *Mort civile*, § 3.

7° Il ne peut contracter un mariage valable[17]; celui qu'il avait contracté avant sa mort civile est dissous de plein droit[18], art. 25. D'où il suit que les enfants nés de ce mariage depuis la mort civile sont illégitimes[19]; que le mariage contracté par un mort civilement ne produit d'autre affinité que celle qui résulte d'un commerce illicite[20]; que le mariage d'un mort civilement ne devient pas valable par le fait de la cessation de la mort civile[21]; qu'un pareil mariage ne fait pas obstacle à un nouveau mariage quand la mort civile vient à cesser[22]; [enfin, que l'époux d'un mort civilement peut contracter un second mariage avant la mort naturelle de son conjoint[23]].

Les conséquences légales de la mort civile, en matière de mariage, sont tellement en désaccord avec la morale et la religion, qu'on ne doit pas s'étonner de la tendance de plusieurs jurisconsultes à adoucir, par l'interprétation, la rigueur du droit[24]. Il ne faut point, au surplus, perdre de vue les tempéraments que l'on peut puiser dans l'art. 201[25]. V. *inf.*, § 125.

[17] [Ou du moins qui produise aucun effet civil; d'où l'on peut conclure que rien ne s'oppose à ce qu'il contracte un mariage purement religieux, et que le prêtre devant lequel ce mariage aurait lieu ne serait pas passible des peines prononcées par les art. 199 et 200 Pén.; Marcadé, sur l'art. 25.]

[18] [Quant à tous ses effets civils, et par conséquent quant au lien. *Contrà*, Toullier, 1, n. 285. V. *inf.*, note 24.]

[19] Merlin, *Quest.*, v° *Légitimité*, § 5, et *Quest.*, v° *Emigré*, § 15; Cass., 8 fév. 1810; Douai, 22 fév. 1812. [Mais l'enfant conçu avant la mort civile de son père est réputé légitime. Cass., 11 juin 1844, S. V., 44, 1, 531.]

[20] Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 3. [V. *suprà*, note 17.]

[21] [Cass., 16 mai 1808; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 3, § 1, n. 3.—*Contrà*, Toullier, *Consultation*, 5, 19, 2, 117. V. le § suiv., note 24.]

[22] Merlin, *loc. cit.* V. cep. Cass., 19 juin 1811.

[23] [Douai, 3 août 1819; Toulouse, 26 mai 1831; S. V., 37, 2, 296; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 2, § 2, n. 3; Locré, sur l'art. 25; Desquiron, n. 413; Delvincourt, sur l'art. 25; Coin Delisle, *ibid.*; Duranton, 1, n. 251; Marcadé, sur l'art. 25; Demolombe, 1, n. 306. — *Contrà*, Toullier, 1, n. 285.]

[24] V. consultation de plusieurs anciens avocats de Rennes, sur la validité des mariages contractés par les émigrés français avant leur retour, publiée par Toullier, Paris 1817. Elle se trouve également dans Sirey, 19, 2, 117. V. Toullier, 1, n. 285 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 3, § 1; Rossi, *Tr. du dr. pén.*, 1, 57; Paris, 14 juin 1828; Cass., 16 mai 1829.—Il est à remarquer que Napoléon Ier se montrait opposé à la dissolution du mariage par la mort civile. Dans la discussion au Conseil d'Etat, il mettait dans la bouche de la femme d'un mort civilement les paroles suivantes : « Mieux eût valu lui ôter la vie; du moins me serait-il permis de chérir sa mémoire; mais vous ordonnez qu'il vive, et vous ne voulez pas que je le console. »

[25] [Ainsi les enfants issus du mariage putatif de la personne frappée de mort civile, qui ne peuvent hériter de leur père, peuvent néanmoins succéder aux parents de ce dernier, Pothier, *Succes.*, chap. 1, sect. 2, art. 3, § 4; Toullier, 1, n. 284; Duranton, 1, n. 258 et 259; Vazeille, *du Mar.*, n. 280 et 281; Richefort, 2, n. 208; Marcadé, sur l'art. 25.—*Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 25; Merlin, *Rép.*, v° *Légit.*, sect. 1, § 1, n. 5; et *Quest. eod. verb.*, § 5, n. 2; Coin Delisle, sur l'art. 25; Demolombe, 1, n. 207.]

§ 68. *Comment le mort civilement recouvre la jouissance des droits civils.*

Le mort civilement est rétabli[1] dans la jouissance des droits civils par la grâce ou par l'amnistie[2], mais sans effet rétroactif[3] dans aucun de ces deux cas. Le mort civilement recouvre encore la jouissance de ses droits civils [toujours sans effet rétroactif[4]] dans le cas de l'art. 30 [c'est-à-dire lorsque le contumax ayant été repris ou s'étant représenté après les cinq ans, il est absous par nouveau jugement ou n'est condamné qu'à une peine n'emportant pas la mort civile[5].] — La prescription de la peine ne fait cesser dans aucun cas la mort civile, art 32. Le mort civilement ne peut, même après la prescription de la peine, être admis à purger sa contumace[6], et à faire, par ce moyen, disparaître la peine qui lui a fait encourir la mort civile, I. cr., art. 641.

SECTION II. — DE LA PERTE DE L'ÉTAT CIVIL *SENSU STRICTO*.

§ 69. *De la perte de la qualité de Français.*

Le Français perd son état civil et devient étranger :

1° Par sa naturalisation en pays étranger, c'est-à-dire par son assimilation parfaite aux nationaux d'un pays étranger[1] ;

[1] [Ainsi son mariage, dissous par la mort civile, est revalidé quand elle vient à cesser, Angers, 21 août 1840, S. V., 40, 2, 37; Cass., 31 juillet 1850, S. V., 50, 1, 672; et 8 décembre 1851, S. V., 52, 1, 216; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 3, § 1. — *Contrà*, Richelot, 1, n. 120; Marcadé, sur l'art. 30; Demolombe, 1, n. 232. — Par la même raison, la communauté qui avait été dissoute par le mariage revit avec lui, Cass., 8 déc, 1851, S. V., 52, 1, 215. V. cep. Cass., 12 nov. 1810.]

[2] [L'amnistie, à moins de réserves contraires, ayant pour effet d'abolir le crime et la peine, fait par elle-même disparaître la mort civile, Angers, 21 août 1840, S. V., 40, 2, 37; Demolombe, 1, n. 236.—Quant à la grâce, elle ne fait disparaître par elle-même la mort civile qu'autant que les lettres de grâce l'abolissent d'une manière certaine : si elles sont muettes, il faut une réhabilitation, Proudhon, *Usufr.*, n. 2025; Coin Delisle, sur l'art. 32; Demolombe, 1, n. 235; Marcadé, sur l'art 32; Rouen, 23 avril 1845, S. V., 46, 2, 428; Montpellier, 27 août 1847, S. V., 47, 1, 583; Nîmes, 11 janvier 1848, S. V., 48, 2, 119; Cass., 10 avril 1849, S. V., 49, 1, 311.—*Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Mort civ.*, § 1, art. 6, n. 5; et *Quest.*, v° *Grâce*, § 1; Toullier, 1, n. 291; Duranton, 1, n. 240, qui veulent que la grâce emporte par elle-même l'abolition de la mort civile. Sur les effets de la grâce antérieure à l'exécution, V. *sup.*, § 66, note 1.]

[3] [V. en ce sens tous les auteurs cités à la note qui précède]; Cass., 30 nov. 1810 et 19 février 1811; [et Rennes, 11 mai 1847, S. V., 47, 2, 344.]

[4] [Locré, sur l'art. 30; Proudhon, 1, p. 76; Duranton, 1, n. 229, 236 et s.; Coin Delisle, sur l'art. 30; Demolombe, 1, n. 228 et s.; Marcadé, sur l'art. 30; Cass., 1er févr. 1842, S. V., 42, 1, 97.]

[5] [Toutefois, lors même que le nouveau jugement prononce une peine emportant la mort civile, l'accusé jouit de la vie civile dans l'intervalle de la comparution au jugement : la comparution fait cesser la mort civile, I. cr., art. 476; Duranton, 1, n. 238; Marcadé, sur l'art. 30; Demolombe, n. 229.—*Contrà*, Coin Delisle, sur l'art. 30.]

[6] Locré, sur l'art. 32.

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Denization*. [Ainsi, une naturalisation imparfaite, telle que

2° Par l'acceptation, sans la permission de l'Empereur, de fonctions publiques à l'étranger[2];

3° Par un établissement en pays étranger sans esprit de retour en France, art. 17[3];

4° Par l'entrée, sans la permission de l'Empereur, au service militaire en pays étranger[4], ou par l'affiliation à une corporation militaire étrangère, art. 21;

5° Une Française perd cette qualité par son mariage avec un étranger[5], art. 19;

6° Enfin, quand une portion du territoire français est réunie au territoire d'une puissance étrangère, les habitants de cette portion de territoire cessent d'être Français[6]. V. § 55.

En général, les établissements faits en pays étranger ne sont pas présumés faits sans esprit de retour[7] : l'esprit de retour se pré-

celle qui résulte de la denization en Angleterre ; de l'incorporation dans une guilde, en Russie ; de l'obtention des lettres de petite ou grande bourgeoisie, à Hambourg, ne fait pas perdre la qualité de Français, Cass., 9 janvier 1819 et 29 août 1822 ; Massé, 3, n. 43 et s., Merlin, *Rép.*, v° *Denization*; Okey, *Dr. des étr. dans la Gr.-Bret.*, p. 80; Fœlix, *Rev. étr.*, 2, p. 672, et 3, p. 874 ; Marcadé, sur l'art. 18; Demolombe, 1, n. 179. — Par la même raison, la naturalisation demandée, mais non obtenue, ne ferait pas perdre la qualité de Français, Marcadé, *Ibid.*]

[2] Un décret du 7 janvier 1808 défend aux *ecclésiastiques* d'accepter sans l'autorisation de l'Empereur la collation d'un évêché *in partibus*.—[C'est le serment prêté au souverain qui caractérise ordinairement les fonctions publiques. Un Français peut donc remplir en pays étranger des fonctions qui n'entraînent pas de serment, ou du moins qui n'entraînent pas un serment incompatible avec les devoirs d'un Français envers son pays, tel que serait un serment politique, Cass., 14 mai 1834, S. V.. 354, 1. 847; Coin Delisle, sur l'art. 17; Demolombe, 1, n. 180.—Un Français peut donc, sans s'exposer à perdre sa qualité, exercer en pays étranger la profession d'avocat, Montpellier, 12 juillet 1826 ; de médecin, Coin Delisle, *ibid.*; V. cep. Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 4 ; exercer des fonctions ecclésiastiques se rattachant exclusivement au culte, Cass., 17 nov. 1818 et 15 nov. 1836, S. V., 36, 1, 937; Merlin, *Rép.*, v° *Français*., § 1, n. 3 ; V. cep. Demolombe, 1, n. 180.]

[3] Dans la première édition du Code, l'art. 17 contenait encore un quatrième cas, celui où un Français serait entré dans une corporation étrangère exigeant *des distinctions de naissance*. C'est à cette disposition [qui a été retranchée par la loi du 3 sept. 1807, après le rétablissement des titres de noblesse] que s'applique la disposition finale de l'art. 18, qui est restée par inadvertance dans les éditions du Code postérieures à 1807.

[4] [Mais non au service dans une milice urbaine, si ce service est une charge municipale, Coin Delisle, sur l'art. 21. — Du reste, le service militaire, qui fait perdre la qualité de Français, doit s'entendre d'un engagement contracté au service d'une puissance étrangère, et non du concours qu'un Français aurait prêté en pays étranger au prétendant à une couronne étrangère, Paris, 14 mars 1846, S. V., 47, 1, 582; Coin Delisle, *ibid.* Cette disposition, d'ailleurs, n'est pas applicable au mineur qui prend du service en pays étranger, Metz, 25 avril 1849, S. V., 49, 2, 310, et 10 juill. 1849, S. V., 50, 2, 275. — La jurisprudence a appliqué l'art. 21 avec plus ou moins de rigueur, selon les circonstances. V. les arrêts précités, et Toulouse, 1er août 1851, S. V., 52, 2, 236.]

[5] [Il en est ainsi, quoique la femme soit mineure, Duranton, 1, n. 188; Demolombe, 1, n. 184.—Si le mariage est annulé, la femme n'a jamais cessé d'être Française, Poitiers, 7 janv. 1845, S. V., 45, 2, 215 ; Duranton, 1, n. 187; Coin Delisle, sur l'art. 19; Proudhon, 1, p. 126; Demolombe, 1, n. 183.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Aubaine*, § 10; [Massé, 3, n. 40.]

[7] Delaporte, sur l'art. 17. [Cass., 13

sume toujours, au contraire, dans les établissements de commerce[8], art. 17. Du reste, si un Français perd sa qualité de Français pour l'une des quatre premières causes ci-dessus, l'état civil des enfants qu'il avait eus antérieurement n'éprouve aucun changement[9], Arg. art. 10, § 2.

Les Français qui ont perdu la qualité de Français par l'une des trois premières causes précitées peuvent toujours recouvrer cette qualité en déclarant leur intention de s'établir de nouveau en France, et en obtenant de l'Empereur l'autorisation nécessaire à cet effet, art. 18. — Celui qui a perdu la qualité de Français par la quatrième des causes ci-dessus ne peut rentrer en France qu'avec la permission de l'Empereur, et il ne peut recouvrer cette qualité de Français qu'à la condition de remplir toutes les formalités qui sont imposées aux étrangers pour devenir citoyens français, art. 21[10]. — La femme française qui a épousé un étranger peut recouvrer son ancienne qualité après la dissolution du mariage par la mort de son conjoint ou par le divorce[11], en déclarant son intention de s'établir en France, si elle y réside ou si elle y est retournée avec la permission de l'Empereur[12], art. 19. — En aucun cas la réintégration dans la qualité de Français n'a d'effet rétroactif[13], art. 20.

Les dispositions du Code sur la perte de la qualité de Français et sur la manière de la recouvrer ont été modifiées par un dé-

juin 1811; Massé, 3, n. 41; Merlin, *Rép.*, v° *Français*, § 1, n. 5; Legat, p. 32; Coin Delisle, sur l'art. 17; Richelot, n. 95; Demolombe, 1, n. 181; Marcadé, sur l'art. 17.]

[8] V. la discussion sur l'art. 17; [Massé, 3, n. 42.]

[9] Locré, sur les art. 10 et 20; [Massé, 3, n. 49; Duranton, 1, n. 120; Grenoble, 16 déc. 1828. — *Contrà*, Duvergier, Dissert. insérée dans Sirey, 32, 2, 641; Fœlix, *Rèv. étr.*, 10, p. 462. — Mais si le changement de nationalité du père résultait d'un fait indépendant de sa volonté, par exemple d'un démembrement de territoire, son fils mineur deviendrait étranger, Cass., 16 juillet 1834, S. V., 34, 1, 501; Massé, 3, n. 51.] — *Quid* relativement à la femme? *Sequitur conditionem mariti*, Arg. de l'art. 12. V. aussi art. 19, § 2; [Massé, 3, n. 48; Proudhon, p. 452; Fœlix, *Rev. étr.*, 10, p. 446.] — *Contrà*, Maleville, sur l'art. 19; Locré, 1, p. 269; Duranton, 1, n. 189; Dalloz, v° *Etranger*, sect. 2, art. 2; [Legat, p. 54; Coin Delisle, sur l'art. 19; Valette sur Proudhon, 1, p. 126; Demolombe, 1, n. 183; Marcadé, sur l'art. 19; Paris, 21 juillet 1818 et 7 août 1840. — V. cep. Cass., 14 avril 1818; Metz, 25 août 1825 et Paris, 24 août 1844, S. V., 44, 2, 568.]

[10] Constit. de l'an VIII, art. 3; avis du Conseil d'Etat des 18-20 pluviôse an XI. Le Français est alors dans une condition pire que l'étranger. Il ne peut, tant qu'il n'a pas le temps de résidence voulu pour la naturalisation, être admis à la jouissance des droits civils. [*Contrà*, Toullier, 1, n. 271; Duranton, 1, n. 194 et s.; Marcadé, sur l'art. 20.]

[11] [Même quand le divorce a été prononcé en pays étranger, Lyon, 11 mars 1835, S. V., 35, 2, 191; Demolombe, 1, n. 170.]

[12] Le décret du 22 mai 1812, qui proroge les effets du décret antérieur du 26 août 1811, déclare ce dernier décret non applicable aux femmes des Français ayant pris du service à l'étranger. [V. *sup.*, au texte.]

[13] Profite-t-elle également aux enfants? V. *sup.*, § 53, et Locré, sur l'art. 20.

cret du 6 avril 1809, et surtout par un décret du 26 août 1811[14], qui sont l'un et l'autre d'une rigueur excessive. Il est regrettable que ces décrets, aussi contraires au véritable intérêt de l'Etat qu'aux usages et aux mœurs, n'aient pas été abrogés[15].

SECTION III. — DES CAS DANS LESQUELS UNE PERSONNE QUI N'A PAS PERDU SON ÉTAT CIVIL EST CEPENDANT PRIVÉE, SOIT POUR UN TEMPS, SOIT POUR TOUJOURS, DE L'EXERCICE DE CERTAINS DROITS CIVILS.

§ 70. *Effets de certaines condamnations qui n'entraînent pas la mort civile.*

Toute personne condamnée par contumace perd, pendant les cinq années qui suivent cette condamnation, l'exercice de ses droits civils, soit que la peine prononcée entraîne, soit qu'elle n'entraîne pas la mort civile[1], art. 28; I. cr., art. 465 et suiv. V. §66.

Toute personne condamnée à la peine des travaux forcés à temps, Pén., art. 19, ou à la peine de la réclusion, Pén., art. 21, est, pendant toute la durée de sa peine, légalement interdite. Comme l'interdit pour insanité d'esprit, le condamné ne peut faire valablement aucun acte juridique[2], Arg. art. 502, 1124, 1125, et Pén., art. 29; il n'y a d'exception que pour les actes de dernière volonté[3]. On lui nomme un tuteur et un subrogé tuteur, dans les formes suivies en matière d'interdiction. Les droits et les devoirs du tuteur sont les mêmes dans les deux cas. A l'expiration de la peine, le condamné rentre dans la jouissance de son patrimoine, et son tuteur lui rend compte de son administration. V. Pén., art. 29-31.

La perte de certains droits civils est attachée de plein droit à certaines peines, Pén., art. 28, et Com., art. 443; par exemple à la dégradation civique, Pén., art. 34. Les tribunaux de police correctionnelle peuvent aussi, dans certains cas, priver celui qu'ils condamnent de l'exercice des droits mentionnés dans l'art. 42 du Code pénal. V. les art. 335, 374, 401 et s. du même Code.

[14] V. sur ce dernier décret un avis du Conseil d'Etat du 21 janvier 1812.

[15] Par suite, ils sont encore en vigueur, Pau, 19 mars 1834, S. V., 34, 2, 44; [Toulouse, 18 juin 1841, S. V., 41, 2, 417; Poitiers, 25 juillet 1843, S. V., 43, 2, 532. V. cependant Paris, 1er fév. 1836, S. V., 36, 2, 173. — On s'accorde généralement à les considérer comme étant encore en vigueur, sauf celles de leurs dispositions qui sont contraires à des dispositions législatives postérieures, Duranton, 1, n. 173; Delvincourt, sur l'art. 17; Coin Delisle, *ibid.*; Foucart, *Dr. adm.*, 1, n. 163; Valette sur Proudhon, 1, p. 183 et 187; Demangeat, *Condit. des étr.*, p. 416; Marcadé, sur l'art. 21; Demolombe, 1, n. 186 et s.]

[1] V. sur le curateur qui doit être nommé au condamné, Bourges, 25 janv. 1832, S. V., 32, 2, 556.

[2] Cass., 25 janv. 1825.

[3] Rouen, 28 déc. 1822.

TITRE II.

DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

ARTICLES 34 A 101.

SOMMAIRE.

§ 71. *Objet de ce titre.*

L'état civil suppose qu'un homme est né vivant et viable[1], et que cet homme, aussitôt né, peut, par lui-même ou par un autre, acquérir des droits ; aussitôt mort, il ne peut plus rien acquérir.

[1] Sur la règle : *Nasciturus habetur pro nato*, V. *sup.*, § 43, et *inf.*, le tit. de la *Minorité*.

On ne peut donc réclamer un droit du chef d'une autre personne, par exemple, en qualité d'héritier, si on ne prouve que cette personne vit, ou vivait au moment de l'ouverture de ce droit[2], sauf la preuve contraire, art. 135[3]. V. art. 725, 906, 1983.

L'état civil peut être modifié par certains faits, tels que le mariage, le divorce, la reconnaissance d'un enfant naturel, l'adoption, l'émancipation, l'interdiction. Mais ces faits se distinguent des faits qui servent de fondement à l'état civil, c'est-à-dire de la naissance et de la mort, en ce qu'ils sont en même temps des actes juridiques.

Les principes d'une bonne police civile veulent que la loi prescrive à la fois les règles nécessaires à la constatation des faits sur lesquels l'état civil repose et les dispositions nécessaires à l'accomplissement des actes juridiques qui le modifient. C'est à quoi le droit civil français a suffisamment pourvu.

Il a institué des officiers de l'état civil : 1° qui donnent une certitude juridique aux naissances et aux décès, par la rédaction des actes et leur insertion dans les registres de l'état civil ; 2° qui procèdent à la célébration des mariages et les constatent de la même manière ; 3° qui prononçaient les divorces autorisés par la justice et en dressaient acte ; 4° qui inscrivent sur les registres de l'état civil les actes d'adoption ; 5° qui ont encore le droit de dresser l'acte de reconnaissance d'un enfant naturel et de donner à cet acte le caractère d'un acte public. Ces divers actes ont reçu le nom générique d'actes de l'état civil et doivent être conservés dans des registres appelés registres de l'état civil[4].

Les dispositions du Code sur les actes de l'état civil sont générales quand elles tracent les règles communes à tous ces actes, ou spéciales quand elles tracent les règles particulières à chacun d'eux[5]. Bien que, dans ses dispositions générales sur les actes de

[2] V. *inf.*, le tit. de l'*Absence*.

[3] Bien que l'art. 135 se trouve au titre des absents, cela n'ôte pas au principe qu'il pose son caractère de généralité. V. sur l'application de cet article, Duranton, 1, n. 537 et s.; Toullier, 1, n. 475; [Demante, 1. p. 174]; Turin, 15 juin, 1808: Cass., 18 août 1809; Paris, 27 janv. 1812 et 27 avril 1814. V. aussi art. 2008, 2009, et Pr., art. 342.

[4] Pour faciliter les travaux de statistique administrative les officiers de l'état civil doivent dresser chaque année le tableau des naissances, des mariages, des décès ; tous les dix ans le greffier du tribunal de 1re inst. présente à son tour une table générale de ces documents, Décret du 20 juill. 1806. Une circulaire du ministre de la justice de la même année prescrivait aux officiers de l'état civil de tenir leurs registres à la disposition des préfets, mais sans déplacement.

[5] Le décret du 30 mars 1806, tit. 2, contient les dispositions relatives aux actes de l'état civil de la famille impériale. Une ord. du 23 mars 1816 contenait des dispositions analogues relativement aux actes de l'état civil de la famille royale. [Aujourd'hui la réception des actes de l'état civil de la famille impériale est régie par l'art. 8 du décret du 25 déc. 1852.]

l'état civil, le Code n'ait eu en vue que les actes de naissance, de mariage et de décès, cependant elles sont naturellement applicables à tous les autres actes de l'état civil, dans tous les cas non prévus par une disposition particulière [6]. [Le Code n'a d'ailleurs, dans ce titre, des dispositions spéciales que pour les actes de naissance, de mariage et de décès. Les dispositions spéciales aux autres actes se trouvent sous les titres qui les concernent.]

CHAPITRE Ier.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

§ 72. *Notions historiques sur la tenue des registres de l'état civil.*

En France, comme chez les autres nations catholiques, on voit, dès le moyen âge, le clergé inscrire les naissances, les mariages et les décès sur les registres de chaque paroisse : il est vrai qu'à cette époque la validité civile du mariage et la légitimité des enfants dépendaient de la validité du mariage religieux. Jusqu'à la révolution de 1789, le clergé s'est perpétué sans opposition dans la possession du droit de tenir les registres des paroisses, ou, pour parler le langage actuel, les registres de l'état civil. Les registres des paroisses et leurs extraits faisaient foi en justice ; et tout ce qui concernait la tenue de ces registres par les curés était réglé par des actes du pouvoir temporel, notamment par l'ordonnance de juin 1667, tit. 20, et par la déclaration d'avril 1736.

La révolution de 1789 a introduit un droit nouveau. Elle a voulu, sous ce rapport comme sous les autres, rendre l'Etat absolument indépendant de l'Eglise. Une loi du 20 sept. 1792 conféra aux municipalités la tenue des registres de l'état civil et déclara qu'à l'avenir ces registres feraient seuls foi en justice. Cet état de choses subsiste encore aujourd'hui, bien que, sous la branche aînée des Bourbons, un parti nombreux se soit efforcé, dans l'intérêt de l'influence du clergé, de relever les principes de l'ancien droit. Le curé, dans chaque paroisse, a continué à inscrire sur un registre les naissances, les mariages et les décès survenus dans sa paroisse ; mais ces registres n'ont plus, comme autrefois, le caractère et la force probante d'actes authentiques. V. la loi du 18 germ. an X, art. 55 ; et le déc. du 22 juillet 1806, concernant le culte luthérien [1].

[6] Locré, sur les art. 34 à 54 ; Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (actes de l'), § 2, n. 5.

[1] [V. le tableau de la législation sur les actes de l'état civil, dans la *Table*

§ 73. *Des officiers de l'état civil.*

L'officier de l'état civil, dans chaque commune, est le maire [1], qui, en cas d'absence ou d'empêchement [2], est remplacé par son adjoint [3], auquel il peut même déléguer ses fonctions d'une manière permanente [4]. Comme officier de l'état civil, le maire n'est pas un fonctionnaire administratif; c'est un officier de police judiciaire [5]. Il peut, par suite, être poursuivi en justice sans autorisation préalable du Conseil d'Etat, pour des faits relatifs à ses fonctions, par exemple, s'il se refuse à publier ou à célébrer un mariage, autorisation qui serait indispensable pour un fonctionnaire de l'ordre politique ou administratif [6]. Par les mêmes raisons, le maire, comme officier de l'état civil, n'est pas sous les ordres des préfets et du ministre de l'intérieur; il est sous les ordres du procureur impérial et du ministère de la justice [7].

Les officiers de l'état civil, d'ailleurs, n'ont, dans aucun cas et dans aucun rapport, un droit de juridiction [8]. [Ils ne peuvent donc énoncer dans l'acte que ce qui est déclaré par les comparants; mais, d'un autre côté, ils ne doivent énoncer que ce qui peut ou doit être déclaré, art. 35 [9]. V. le § s.]

§ 74. *De la rédaction des actes de l'état civil.*

Il faut, en ce qui concerne les formalités de la rédaction des actes de l'état civil, distinguer le cas où l'acte est passé sur le ter-

gén. de Devilleneuve, v° *Actes de l'état civil;* dans le *Nouveau répertoire* de Dalloz, v° *Actes de l'état civil;* et dans le Code annoté de Gilbert, sur le titre 2.]

[1] Loi du 28 pluv. an VIII. Le décret du 12 juill. 1807 contient le tarif des actes de l'état civil.

[2] [Y a-t-il empêchement quand l'officier de l'état civil, ses parents ou sa famille sont intéressés à l'acte? Une lettre du garde des sceaux, du 21 juill. 1818, prescrit dans ce cas à l'officier de l'état civil de s'abstenir; toutefois la nullité de l'acte dépend des circonstances dont l'appréciation appartient aux tribunaux, Coin Delisle, p. 7, n. 12; Demante, 1, n. 32 *bis;* Demolombe, 1, n. 279. V. cep. Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil*, § 5, n. 8, art. 4.]

[3] [Sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait une délégation expresse, Angers, 25 mai 1823; Desclozeaux, *Encycl. du droit*, v° *Actes de l'état civ.*, n. 13; Demolombe, 1, n. 178. — *Contrà*, Hutteau d'Origny, *De l'état civil*, p. 11; Rieff, *Des actes de l'état civ.*, p. 138; Cival, *Tr. de l'état civ.*, p. 41. — L'adjoint, en cas d'empêchement, est remplacé par un membre du conseil municipal; mais alors il faut une délégation.]

[4] [C'est ce qui a lieu notamment pour les localités séparées par un obstacle naturel du chef-lieu de la commune.]

[5] La police judiciaire est cette partie de la police *qui assure la bonne administration de la justice civile et criminelle.*

[6] [Avis du Conseil d'Etat, du 28 juin 1806; Demolombe, 1, n. 278; Cass., 9 mars 1815, et Cons. d'Et., 31 janv. 1838, S. V., 38, 2, 277.]

[7] Avis du Conseil d'Etat des 30 nivôse, 4 pluviôse an IV, et du 28 juin 1806; Merlin, *loc. cit.*, § 5, n. 5, et v° *Mariage*, sect. 7, § 2, n. 2; Locré, sur l'art. 165; [Demolombe, 1, n. 278; Marcadé, sur l'art. 35.]

[8] Locré, *Législ. civ.*, 3, 134, 203; Merlin, *Rép.*, v° *Etat civ.*, § 5, n. 8.

[9] [Fenet, 8, p. 291; Marcadé, sur l'art. 35.]

ritoire français du cas où il est passé en pays étranger. Les règles applicables aux actes passés en France, et dont il sera traité au paragraphe suivant, s'étendent même au cas où l'acte concerne un étranger.

§ 75. *Des actes reçus en France.*

Tout acte de l'état civil doit énoncer l'année, le jour et l'heure où il est reçu, les prénoms, noms [1], âge, état, profession [2] et domicile de tous ceux qui y sont dénommés, art. 34.

L'officier de l'état civil ne peut insérer dans l'acte que ce qui a été fait par lui-même, ou ce qui a été fait devant lui dans le but de l'acte, ou ce que les comparants ont déclaré et étaient fondés à déclarer relativement au but de l'acte, art. 35. Ainsi, il ne doit indiquer dans l'acte de naissance d'un enfant naturel que le nom de la mère, si ce nom lui a été déclaré, Arg. art. 334, 341, mais non le nom du père, à moins que ce ne soit du consentement de ce dernier [3]. Ainsi il ne doit indiquer que le nom de la mère [4] dans l'acte de naissance d'un enfant adultérin ou incestueux, Arg. art. 335. V. aussi l'art. 85. D'un autre côté, l'officier de l'état civil n'est pas obligé d'examiner l'exactitude des déclarations qui lui sont faites par les comparants [5]. V. cep. les art. 55 et 77.

Les actes de l'état civil doivent être rédigés en présence, soit des parties, c'est-à-dire des personnes dont l'état doit être léga-

[1] Relativement aux noms qui peuvent être portés, V. le § 84.

[2] *L'état*, la *profession*. L'art. 34 se sert seulement du mot *profession*; mais cette expression, qui doit être entendue dans un sens fort général, s'applique aussi aux titres de noblesse, Décret du 20 juillet 1808), et aux ordres et décorations. V. une instruction du ministre de la justice du 3 juin 1806.

[3] Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 397 et 426; Delvincourt, sur l'art. 56; Locré, sur les art. 35 et 57. [Il est certain que le nom du père d'un enfant naturel ne peut, sans son consentement, être énoncé dans l'acte de naissance. Toullier, 1, n. 316; Merlin, *Rép.*, v° *Acte de naissance*, n. 2; Duranton, 1, n. 284 et s.; Desclozeaux, n° 28; Rieff, n. 28; Marcadé, sur l'art. 35; Demolombe, 1, n. 296. On ne peut même donner pour prénom à l'enfant naturel le nom de celui qui ne le reconnaît pas. Bruxelles, 5 janv. 1807; Toullier, *ibid.*; Favard, *Rép.*, v° *Naissance*, n. 3.— Il en est autrement de la mère naturelle : lorsque son nom est indiqué par les personnes qui font la déclaration de la naissance, l'officier de l'état civil ne peut se refuser à en faire l'énonciation, parce que la recherche de la maternité est permise, Toullier, 1, n. 317; Duranton, 1, n. 315; Merlin, *Quest.*, v° *Maternité;* Coin Delisle, sur l'art. 57; Desclozeaux, 1, n. 63; Marcadé, sur l'art. 35. — *Contrà*, Demolombe, 1, n. 297. Mais l'officier de l'état civil ne peut exiger que les déclarants lui nomment la mère naturelle, Cass., 16 sept. 1843, S. V., 43, 1, 915; Agen, 20 avril 1844, S. V., 44, 2, 326; Cass., 1er juin 1844, S. V., 44, 1, 670; Rieff, n. 131; Marcadé, sur l'art. 35. — *Contrà*, Dijon, 14 août 1840, S. V., 40, 2, 447; Paris, 20 avril 1843, S. V., 43, 2, 210; Toullier, n. 317; Duranton, 1, n. 315.]

[4] Duranton, 1, n. 316; [et les auteurs cités à la note qui précède; *adde* Demolombe, 1, n. 296.]

[5] Delaporte, sur l'art. 55. [Il ne peut cependant recevoir des déclarations qui lui paraissent ou qu'il sait fausses.]

lement constaté par l'acte; soit des déclarants, c'est-à-dire de ceux qui sont chargés d'informer l'officier de l'état civil du fait que l'acte a pour but de constater. Les parties peuvent, en général, V. cep. les art. 75, 264, 294, se faire représenter par un fondé de pouvoirs; mais il faut que la procuration soit spéciale et authentique[6], art. 36. Sont admises comme déclarants toutes personnes en état de rendre un témoignage digne de foi, par conséquent les femmes[7]. V. art. 56, 78.

Lorsqu'en conséquence d'une prescription particulière de la loi, des témoins, *solemnitatis gratiâ*, doivent assister à la rédaction d'un acte de l'état civil, il est indispensable que ces témoins aient non-seulement les qualités physiques généralement nécessaires pour rendre un témoignage digne de foi, mais, en outre, qu'ils soient du sexe masculin[8] et âgés au moins de vingt-un ans révolus, art. 37. Il n'est point indispensable qu'ils aient la qualité de citoyens français[9]. Ils peuvent aussi être parents entre eux ou avec les parties[10]. V. art. 78 et les art. 28, 34, 42 et 43. Les personnes intéressées à la rédaction de l'acte ont le droit de choisir ces témoins, art. 37. Néanmoins, lorsqu'ils ne peuvent pas faire usage de ce droit parce que, par exemple, ils ne se trouvent pas sur les lieux ou parce qu'ils ne le veulent pas, l'officier de l'état civil les choisit lui-même[11].

L'acte doit être lu à toutes les personnes réunies qui ont comparu à la rédaction, c'est-à-dire aux parties, à leurs fondés de pouvoirs, aux déclarants et aux témoins; mention expresse de cette lecture doit être faite dans l'acte, art. 38.

Les actes de l'état civil doivent être signés par l'officier de l'état civil, par les comparants et par les témoins; à défaut de signature, la cause qui a empêché les comparants ou les témoins de signer doit être mentionnée dans l'acte, art. 39[12].

[6] [Les déclarants peuvent, comme les parties, se faire représenter par mandataires, Desclozeaux, n. 47; Coin Delisle, sur l'art. 36; Demolombe, 1, n. 284. — *Contrà*, Hutteau d'Origny, tit. 3, ch. 1, § 1, n. 15.]

[7] Locré, 1, p. 544; [Toullier, 1, n. 309; Duranton, 1. n. 288; Coin Delisle, sur l'art. 37; Rieff, p. 33; Demolombe, 1, n. 283. — Et aussi les mineurs et les étrangers; mêmes autorités.]

[8] [A peine de nullité, Caen, 19 juin 1819.]

[9] Delvincourt, sur l'art. 37; Duranton, 1, n. 288. [Coin Delisle, sur l'art. 37; Rieff, n. 34; Marcadé, sur l'art. 37. Sans qu'il soit nécessaire que l'étranger ait été admis par le gouvernement à établir son domicile en France. — *Contrà*, Demolombe, 1, n. 281.]

[10] Locré, sur l'art. 37.

[11] Aussi est-il question, dans l'art. 37, *des témoins produits*, et non *des témoins appelés*, Locré et Maleville, sur l'art. 37.

[12] [Il suffit que l'impuissance de signer soit attestée par l'officier de l'état civil, bien qu'il n'y ait pas mention de la réquisition de signer qu'il a dû adresser aux comparants, Toulouse, 26 mars 1824. — Un acte de l'état civil, spécialement un acte de mariage, n'est pas nécessairement nul pour défaut de signature de l'une des parties, lorsque cette omission est purement accidentelle, Montpellier,

Les changements et additions doivent être approuvés et signés de la même manière que le corps de l'acte, art. 42. V. art. 49.

Rien ne doit être écrit par abréviation dans les actes de l'état civil; aucune date ne doit être mise en chiffres, art. 42.

Des formules des actes de l'état civil ont été adressées par le ministre de la justice aux préfets, Circ. du 25 fruct. an XI, pour être distribuées aux officiers de l'état civil; mais ces formules n'ont pas force de loi [13].

§ 76. *Des registres de l'état civil.*

Les actes de l'état civil doivent être inscrits dans chaque commune [1] sur un ou plusieurs registres, dont l'un pour les naissances, un second pour les décès, un troisième pour les actes de mariage, [et un quatrième pour les publications de mariage]. Ces registres, [sauf celui des publications, art. 63], doivent être tenus en double pour que chaque acte soit complétement inscrit deux fois, art. 40. Ils doivent être cotés par première et dernière feuille, et paraphés [2] sur chaque feuille par le président du tribunal de première instance dans le ressort duquel est située la commune, ou par le juge qui le remplace, art. 41. A la fin de chaque année, ces registres sont clos par l'officier de l'état civil; et, dans le délai d'un mois, un double est déposé par lui aux archives de la commune, et l'autre au greffe du tribunal de première instance, art. 43. Les procurations et les autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes de l'état civil, V. aussi les art. 66, 70, 71, 73, etc., seront, après avoir été paraphées par la personne qui les aura produites et par l'officier de l'état civil, jointes au double déposé au greffe du tribunal, art. 44. Les actes de l'état civil doivent être inscrits sur l'un et l'autre exemplaires du registre, de suite, sans aucun blanc, art. 42. Toute personne [3] pourra se faire délivrer des extraits [4] de ces registres par ceux qui en sont dépositaires, c'est-à-dire par l'officier de l'état civil [5], ou par le greffier du tribunal de première instance, art. 45.

4 fév. 1840, S. V., 40, 2, 160. V. *inf.*, e titre du *Mariage*.]

[13] Un acte de l'état civil n'est donc pas nul pour n'être pas conforme à la ormule, Avis du Conseil d'Etat du 12 herm. an XII; Locré, sur les art. 38 et 39.

[1] Les registres sont achetés aux frais des communes, Fleurigeon, *Code administratif*, v° *Etat civil* et *Registres*.

[2] V. Merlin, *Rép.*, v° *Paraphe*; d'Agar, *Le Nouveau Ferrière*, *eod. verb.*

[3] Ainsi, celui qui demande un extrait n'est pas tenu de justifier d'un intérêt juridique. V. Pr., art. 853.

[4] Sur la délivrance de ces extraits, V. une circulaire du ministre de la justice du 21 août 1806, et, ci-après, § 79, note 17.

[5] Les secrétaires des mairies n'ont pas le droit de délivrer ces extraits, Avis du Cons. d'Et. des 6 juin, 2 juill. 1807.

§ 77. *Des actes reçus à l'étranger.*

Il faut, pour les actes de l'état civil reçus en pays étranger, distinguer les deux cas suivants :

1° Les actes de l'état civil concernant les militaires ou autres personnes employées à la suite des armées[1] qui se trouvent hors des frontières du territoire français[2] doivent être dressés par les autorités militaires désignées à cet effet[3], qui ont généralement à observer dans l'exercice de ces fonctions les mêmes prescriptions que les autres officiers de l'état civil, art. 188, sous réserve, toutefois, des règles particulières contenues dans les art. 90 à 98[4]. Ces autorités paraissent être exclusivement compétentes pour la rédaction des actes de l'état civil concernant les personnes dont il s'agit ; de sorte que, par exemple, un mariage contracté par un militaire français avec une étrangère, dans un pays occupé par une armée française, devant l'autorité de ce pays, c'est-à-dire conformément à l'art. 47, serait probablement considéré comme non avenu par les tribunaux français[5]. Cependant la jurisprudence incline vers l'opinion contraire comme plus favorable, et elle a maintenu, dans quelques cas, la validité du mariage[6].

2° Les actes concernant l'état civil d'un Français (non militaire

[1] « Ou autres personnes employées à la suite des armées. » Cette expression trouve son commentaire dans l'art. 31 de l'ordonnance de juin 1735 : « Ceux qui, n'étant ni officiers ni engagés dans les troupes, se trouvent à la suite de l'armée, soit à cause de leurs emplois ou fonctions, soit pour le service qu'ils rendent aux officiers, soit à l'occasion de la fourniture des vivres ou munitions. » V. aussi la loi du 12 janv. 1817, art. 12.

[2] Quant aux actes de l'état civil concernant les militaires qui se trouvent sur le territoire français, ils doivent, sauf exception, V. une inst. du ministre de la guerre, du 24 brum. an XII, art. 4, être reçus par les officiers ordinaires de l'état civil. V. Avis du Cons. d'Etat des 3-4 jour compl. de l'an XIII. — A l'égard des militaires prisonniers de guerre, les actes de l'état civil sont régis par les lois du lieu où ces militaires sont retenus. V. l'instruction précitée. [Duranton, 1, n. 332; Rieff, n. 289; Marcadé, sur l'art. 89.]

[3] V. art. 89 décr. du 22 sept. 1804; ordonnance du 29 juill. 1817, art. 9; Delvincourt, sur l'art. 89; [Duranton, 1, 333; Rieff, n. 291.]

[4] L'instruction précitée du ministre de la guerre est le meilleur commentaire de ces articles.

[5] Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil*, § 3; Vazeille, *Du mar.*, 1, n. 194; Cass., 17 août 1815. L'article 88 est, en effet, rédigé d'une manière impérative. [— *Contra*, Coin Delisle, sur l'art. 89; Richelot, 1, n. 194; Demolombe, 1, n. 315. Il faut distinguer entre les actes qui n'intéressent que les Français et les actes qui intéressent un Français et une étrangère, comme un mariage, et décider que ces actes peuvent être faits, soit par l'officier de l'état civil français, soit par l'officier de l'état civil étranger devant lequel se rendraient les parties. V. la note suiv. — Il faut distinguer encore entre les actes reçus dans les lieux mêmes occupés par l'armée, tels que le camp, l'hôpital, et le pays ou la ville qui se trouve sous la domination de l'armée; et décider que, dans le camp, dans l'hôpital, l'officier français seul a compétence; mais que dans la ville, dans le pays, les actes de l'état civil peuvent être reçus soit par l'officier français, soit par l'officier étranger. V. Marcadé, sur l'art. 88, et Demolombe, 1, n. 315, *in fine*.]

[6] Paris, 8 juill. 1820; Colmar, 25 janv. 1823; Cass., 23 août 1826; Dalloz, v° *Actes de l'état civil*, sect. 2; Duranton, 1, n. 236.

ni assimilé aux militaires), reçus à l'étranger [7], font preuve, pourvu que les formes usitées dans le pays y aient été observées, lors même que cet acte ne concerne que des Français et qu'aucun étranger n'y a été partie [8], art. 47 [9]. Les actes de l'état civil d'un Français sont aussi valablement reçus à l'étranger par les agents diplomatiques ou consulaires français [10], pourvu que ceux-ci se conforment aux lois françaises, art. 48 [11], et qu'aucun étranger n'y soit partie. Un Français ne peut donc contracter mariage avec une étrangère devant un agent diplomatique français [12].

Du reste, la force probante des actes de l'état civil d'un étranger, passés en pays étranger, s'apprécie d'après les lois de ce pays. C'est l'application de la règle : *locus regit actum*. V. ci-dessus, § 30. Par contre, pour les actes de l'état civil d'un étranger reçus en France, il faut se conformer aux dispositions de la loi française [13].

§ 78. *Des actes de l'état civil considérés comme moyens de preuve. — Conditions de leur force probante.*

Les actes, et par conséquent les registres de l'état civil, ne font foi que relativement aux faits qui doivent y être énoncés (V. § 75) [1] ; ils ne font foi qu'autant qu'ils ont été rédigés suivant les règles générales et particulières qui les concernent et qu'ils ont été inscrits dans les registres de l'état civil [2]. Mais comme le Code ne

[7] Si, d'après les lois du pays où se passe le fait, il n'y a pas lieu d'en dresser acte, la preuve en est faite, conformément à l'art. 46. [Ainsi, le mariage contracté dans un pays où, d'après l'usage local, il n'en a pas été dressé un acte écrit, peut se prouver par témoins, Cass., 8 juin 1809 ; 7 sept. 1809 ; Paris, 9 août 1813 ; Cass., 20 déc. 1841, S. V., 42, 1, 321 ; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, § 7, et v° *Etat civ.*, § 2, n. 4 ; Coin Delisle, sur l'art. 47.]

[8] Cass., 7 juill. 1835 ; [Toullier, 1, n. 310 ; Duranton, n. 291 ; Coin Delisle, 1, sur l'art. 47 ; Demolombe, 1, n. 312.]

[9] L'art. 47 dit : *l'acte fera foi*, V. art. 170, et non : *sera valable*. V. Merlin, v° *Etat civil* (*Actes de l'*), § 2, et v° *Jugement*, § 7. [Mais il ne fait foi qu'à la condition d'être valable.] Cet acte n'a pas besoin, pour faire foi en France, d'être légalisé par l'agent diplomatique français, Delaporte, sur cet art. [Ou plutôt, cet acte peut être pris en considération en France, bien qu'à raison du défaut de légalisation il ne puisse faire foi complète, Ord. de 1681, tit. 9, art. 23 ; Cass., 5 vend. an XI.]

[10] Sur la réception des actes de l'état civil par les consuls, V. l'ord. du 26 oct. 1833.

[11] [Dans ce cas, l'art. 47 cesse d'être applicable, Marcadé, sur l'art. 47.]

[12] Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil*, § 2 ; Favard, v° *Actes de l'état civil*, § 7 ; [Duranton, 1, n. 235 ; Coin Delisle, sur l'art. 48 ; Demolombe, 1, n. 312 ; Marcadé, sur l'art. 48] ; Cass., 10 août 1819. Cette opinion est combattue par Vazeille, *Du mar.*, 1, p. 186. — Mais un Français peut valablement épouser une Française devant l'agent diplomatique de sa nation. L'art. 48 n'est pas limité par l'art. 170, Duranton, 1, n. 234 et s. ; [Demolombe, 1, n. 312 ; Marcadé, sur l'art. 48 ; ord. du 25 oct. 1833, art. 15. — *Contrà*, Favard, v° *Mariage*, sect. 3, § 2.]

[13] Paris, 13 juin 1814.

[1] Merlin, *Quest.*, v° *Maternité*.

[2] [L'acte de l'état civil écrit sur une feuille volante n'est pas nécessairement et absolument nul, Toullier, 1, n. 348 ; Bonnier, n. 130. — Il pourrait, tout au moins, servir de commencement de preuve par écrit, Rieff, n. 109. — Selon Duranton, 1, n. 251, il y aurait nullité s'il s'agissait d'un acte de mariage.]

décide nulle part ni que toutes ces règles doivent être observées à peine de nullité, ni quelles sont celles dont l'observation est prescrite à peine de nullité ; comme, d'un autre côté, V. § 35, il n'est pas possible de prétendre ni que chacune d'elles soit protégée par cette peine, ni qu'aucune d'elles ne puisse l'entraîner, on est amené à se demander quelles sont, en définitive, les règles dont l'inobservation entraîne ou n'entraîne pas la nullité de l'acte?[3] Pour résoudre cette question, il faut appliquer les règles générales établies au § 35, et, ne perdant pas de vue le but des lois concernant les actes de l'état civil, qui est de constater certains faits, au moyen de ces actes, avec une certitude et une exactitude suffisantes, déterminer par là la forme et la teneur essentielles de ces actes, et considérer en conséquence un acte comme probant s'il n'est ni défectueux ni incomplet sous l'un ou l'autre rapport. Ainsi, par exemple, un acte de l'état civil n'est pas destitué de force probante parce qu'il ne relate pas l'âge d'un des comparants, art. 34[4]; ou, s'il s'agit d'un acte de naissance, parce qu'il ne relate pas le lieu de la naissance, art. 57[5]. Dans l'appréciation de la force probante d'un acte de l'état civil, il faut encore considérer le but spécial et direct de tel ou tel acte. Si, par exemple, il s'agit d'un acte de décès dans lequel l'heure du décès n'a pas été indiquée, cet acte ne sera pas nul en soi, mais il cessera de faire foi pour telle hypothèse dont la solution dépend de la connaissance précise de l'heure à laquelle telle personne est décédée.

Quant aux actes de l'état civil qui sont destinés en même temps à revêtir un certain contrat de la forme extérieure nécessaire à sa validité, comme, par exemple, les actes de mariage, la force probante de l'acte dépend de la validité juridique du contrat. Ainsi, la question de savoir si un acte de mariage dressé devant des témoins du sexe féminin, art. 37, ou devant moins de quatre témoins, art. 75, a force probante, dépend de celle de savoir si un mariage conclu devant des témoins du sexe féminin ou devant moins de quatre témoins est valable[6].

§ 79. *De la rectification des actes de l'état civil.*

La loi détermine la procédure au moyen de laquelle on peut

[3] V. sur cette question en général, Maleville, sur l'art. 42; Locré, 2, p. 29; Favard, *Acte de l'état civil*, sect. 1, p. 60; [Toullier, 1, n. 311; Proudhon, 1, p. 217; Duranton, 1, n. 337; Coin Delisle, p. 6, n. 10; Rieff, n. 54 et 94; Descloseaux, n. 52. Tous ces auteurs décident que la nullité des actes de l'état civil pour omission des formalités prescrites dépend des circonstances.]

[4] Bruxelles, 4 juill. 1811.

[5] *Ibid.*

[6] Cass., 21 juin 1814; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 4, § 3, et *inf.*, le titre du *Mariage*.

réparer les erreurs ou les omissions qui vicient un acte de l'état civil[1]. Cette procédure s'applique aussi au cas où les registres de l'état civil ont été tenus sans ordre et sans l'observation des règles prescrites, par exemple, au cas où un acte n'a pas été inscrit sur les registres[2].

Il y a lieu de recourir à cette procédure dans tous les cas où un acte de l'état civil a besoin de rectification. Cependant lorsque la rectification est subordonnée à la décision d'une question d'état, ou au résultat d'une procédure criminelle, V. art. 49, 198[3], on ne peut, au moyen d'une demande en rectification de l'acte de l'état civil, faire réparer l'inobservation des formalités substantielles de l'acte juridique qui a fait l'objet de l'acte de l'état civil[4].

La demande en rectification n'appartient qu'aux parties intéressées[5], et non au ministère public, à moins qu'il ne s'agisse d'un acte concernant un indigent[6], ou d'un intérêt public (de la conscription, par exemple), lié à la régularité de l'acte[7].

Les fonctionnaires administratifs, les préfets, par exemple, n'ont pas qualité pour ordonner la rectification d'un acte de l'état civil à l'officier public chargé de leur tenue et de leur conservation, et celui-ci ne peut y procéder spontanément[8]. — La demande en rectification doit être portée devant le tribunal de première instance, au greffe duquel est ou doit être déposé, à l'expiration de

[1] D'après un avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808, on peut se dispenser d'avoir recours à une rectification pour faire réparer certaines erreurs commises dans des actes de naissance ou de décès produits pour la célébration d'un mariage. V. *inf.*, le tit. du *Mariage.*

[2] V. les avis du Cons. d'Et. des 12-13 niv. an X; 8-12 brum. an XI; 28-30 frim. an XII; Locré, sur l'art. 99; loi du 25 mars 1817, art. 75; l'ord. du 9 janv. 1815 relative aux registres de l'état civil de la ville de Soissons, brûlés pendant la guerre; [Duranton, 1, n. 280 et 339; Chauveau sur Carré, n. 2896. V. *inf.*, note 6.]

[3] Duranton, 1, n. 340; Bordeaux, 11 juin 1828.

[4] [Marcadé, sur l'art. 99; Coin Delisle, *ibid.*]

[5] Il n'est pas nécessaire d'invoquer un intérêt pécuniaire pour être recevable à demander la rectification d'un acte de l'état civil. Il suffit, par exemple, d'avoir intérêt à ne pas laisser entrer un étranger dans une famille, Paris, 19 avril 1834. S. V., 34, 2, 297.

[6] Loi du 25 mars 1817, art. 122; [Décis. min. du 6 brum. an XI; et, dans ce cas, le ministère public a action non-seulement afin de rectification des actes, mais aussi afin de réparation d'omissions d'actes qui ne se trouvent pas sur les registres, Toulouse, 1er août 1836, S. V., 37, 2, 185; Duranton, 1, n. 335; Desclozeaux, n. 79; Ortolan, *Du minist. pub.*, 1, p. 101, V. *inf.*, § 81.]

[7] Circulaire du ministre de la justice du 22 brum. an XIV. Avis du Cons. d'Et. des 8-12 brum. an XI; décret du 18 juin 1811, art. 122; [Rieff, n. 313. Ainsi le ministère public a qualité pour provoquer d'office la rectification d'actes de l'état civil dans lesquels des individus auraient été inscrits comme étant d'un autre sexe que le leur, Poitiers, 9 mai 1843 et 26 mai 1846, S. V., 46, 2, 462.]

[8] V. les avis du Conseil d'Etat cités à la note 2. [V. surtout l'avis du Cons. d'Etat du 13 niv. an X.—Les tribunaux ne peuvent non plus ordonner d'office la rectification des actes de l'état civil, sauf cependant le cas où ils prononcent sur des intérêts civils qui supposent la nécessité d'une rectification, Carré, n. 2897; Coin Delisle, sur l'art. 99.]

l'année, un des doubles des registres dans lesquels se trouve l'acte à rectifier[9]. Un autre tribunal peut aussi en être saisi lorsque la demande en rectification est formée incidemment[10]. Au premier cas, on doit présenter une requête au président du tribunal, qui commet un juge sur le rapport duquel le tribunal statue[11], après avoir entendu les conclusions du ministère public[12]; à moins qu'il ne juge utile de provoquer la mise en cause des parties intéressées ou la convocation préalable d'un conseil de famille, art. 99; Pr., art. 855, 856[13]. La voie de l'appel est ouverte contre le jugement définitif, Pr., art. 858. La rectification d'un acte de l'état civil une fois prononcée, soit en première instance, soit en appel, le jugement qui, du reste, comme tout autre jugement, art. 1351, n'a d'effet qu'entre les parties, art. 100[14], doit être

[9] Delvincourt, sur l'art. 99; Duranton, 1, n. 342; [Toullier, 1, n. 341; Carré, n. 2893; Rieff, n. 315; Coin Delisle, sur l'art. 99; Marcadé, *ibid.*; Desclozeaux, n. 81. — La demande en rectification de l'acte de décès d'un Français, dressé en pays étranger, doit être portée devant le tribunal du domicile d'origine, Cass., 10 mai 1813; Coin Delisle, sur l'art. 99; Desclozeaux, n. 87. V. cepend. Chauveau sur Carré, n. 2893 *bis*, qui distingue entre le cas où il s'agit de rectifier l'acte même, et celui où il s'agit de rectifier la transcription qui en a été faite en France sur les registres de l'état civil, art. 171. Selon cet auteur, dont la doctrine ne nous paraît pas devoir être suivie, les tribunaux français ne seraient compétents que dans ce dernier cas.]

[10] Mêmes autorités que ci-dessus. [*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 99.] — Le jugement qui condamne l'officier de l'état civil pour contravention, par application de l'art. 50, ne tient pas lieu d'un jugement de rectification.

[11] [Selon Duranton, 1, n. 344, le tribunal saisi d'une demande en rectification d'un acte de l'état civil peut statuer dans la chambre du Conseil, s'il n'y a que le demandeur en cause. Mais cette opinion ne doit pas être admise : la publicité du jugement est une garantie à laquelle le demandeur a droit comme toute autre partie.]

[12] « Sur les conclusions du ministère public. » Le ministère public n'est donc pas partie, Bruxelles, 6 frimaire an XIV.

[13] V. sur les formes de cette procédure, Pigeau, 2, 345; Favard, v° *Rectif. d'actes de l'ét. civ.*, § 3; [Carré, sur les art. 855 et s. Pr.] Le préliminaire de conciliation n'est pas nécessaire.

[14] L'article 100 n'est qu'une suite du principe que les jugements n'ont pas l'autorité de la chose jugée entre ceux qui n'y ont pas été parties. Les tiers n'ont donc pas besoin d'y former opposition ou tierce-opposition, Rauter, *Cours de proc.*, § 140; [Toullier, 1, n. 334; Marcadé, sur l'art. 100. Toutefois, bien que ce jugement ne soit pas opposable aux intéressés qui n'y ont pas été appelés, ils peuvent, s'ils ont intérêt à le faire tomber, y former tierce opposition, Marcadé, sur l'art. 100. Mais ils ne pourraient en interjeter appel, Chauveau sur Carré, n. 2902 *bis*; Coin Delisle, sur l'article 100. — Il est à remarquer, au surplus, que le jugement de rectification rendu avec un contradicteur qui avait seul alors qualité pour contredire, est opposable à ceux qui, depuis, viendraient à avoir intérêt à ce que la rectification n'eût pas été ordonnée, et qui se trouvaient, dès lors, avoir été représentés au jugement, Toullier, 10, n. 219 et s.; Duranton, 1, n. 346; Coin Delisle, sur l'art. 100; Marcadé, *ibid.* — Il y a plus : il a été jugé que lorsqu'un jugement destiné à rectifier ou à compléter un registre de l'état civil ordonne qu'un acte de naissance omis y sera porté, ce jugement peut avoir effet même vis-à-vis des tiers intéressés qui n'y ont pas été appelés, s'il a été rendu contradictoirement avec le ministère public, quand, d'ailleurs, il n'a été produit que pour établir la qualité de *Français*, résultant de la naissance en France. Poitiers, 26 juin 1829; Coin Delisle, sur l'art. 100. Mais c'est là une solution qui nous paraît fort contestable.]

inséré par l'officier de l'état civil, tel qu'il lui a été adressé [15], dans les registres de l'état civil. Cette insertion tient lieu de rectification. L'acte qui a motivé le jugement de rectification ne doit recevoir aucun changement [16]; l'officier de l'état civil n'a qu'à transcrire le jugement de rectification en marge de l'acte rectifié, art. 101 ; Pr., art. 857. S'il arrive que l'officier de l'état civil ait à délivrer dans la suite un extrait de cet acte, il est tenu, sous peine de dommages-intérêts, de mentionner sur cet extrait le jugement de rectification, Pr., art. 857 [17].

D'ailleurs, l'art. 49 contient une disposition très-précise pour le cas où, en marge d'un acte déjà inscrit, il doit être fait mention [18] d'un autre acte relatif à l'état civil, soit pour cause de rectification, soit par toute autre raison. V. art. 67.

§ 80. *De la force probante des actes de l'état civil.*

Dans la limite et moyennant l'observation des règles posées au § 78, les actes de l'état civil ont force probante ; et cette force appartient, non-seulement aux registres de l'état civil dans lesquels ces actes sont inscrits, mais aussi aux extraits de ces registres [1]. Ces extraits ont comme les originaux eux-mêmes la valeur d'actes authentiques, art. 45 [2], pourvu qu'ils soient légalisés par le président du tribunal compétent ou par un juge délégué [3], et qu'ils soient certifiés conformes à l'original, art. 45. Aussi la partie à laquelle on oppose un extrait des registres de l'état civil peut toujours réclamer la comparaison de l'extrait avec l'original; si cette comparaison n'est pas possible, dans le cas, par exemple, de perte des

[15] Delaporte, sur l'art. 101; [Duranton, 1, n. 348.]

[16] [Carré, n 2900; Coin Delisle, sur l'art. 101; Desclozeaux, n. 86.]

[17] V. un avis du Cons. d'Et. des 23 fév.-4 mars 1808; [Duranton, 1, n. 348; Rieff, n. 324.]

[18] La disposition de l'art. 857 Pr. est applicable à tous les extraits du même genre. V. l'avis du Cons. d'Et. précité.

[1] [Ces extraits ne peuvent être délivrés que par l'officier de l'état civil, Av. du Cons. d'Etat des 6 juin-2 juill. 1807, ou par le greffier qui en est dépositaire, lesquels peuvent être contraints par corps à faire la délivrance des extraits, Desclozeaux, n. 92; Coin Delisle, sur l'art. 45. V. Colmar, 14 juin 1814. Mais ils peuvent refuser de donner communication des registres aux simples particuliers, Rieff, n. 73. V. circul. du 20 mars 1816; L. 22 frim. an VII, art. 54.]

[2] Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil* (*Actes de l'*), § 2.

[3] V. Merlin, *Rép.*, v° *Faux*, sect. 1, § 2. Si l'extrait doit servir dans le ressort du tribunal où il a été délivré, il n'a pas besoin de légalisation, Discuss. sur l'art. 45; [Toullier, 1, n. 307; Hutteau d'Origny, tit. 3, ch. 3, § 15, n. 15; Favard, *Rép.*, v° *Etat civ.*, sect. 1, § 1, n. 7; Desclozeaux, n. 96; Rieff, n. 68; Marcadé, sur l'art. 45. Nous pensons au contraire que la légalisation est nécessaire dans tous les cas : l'art. 45 ne fait pas pour les actes de l'état civil la même distinction que l'art. 28 de la loi du 25 vent. an XI pour les actes des notaires, Duranton, 1, n. 299; Coin Delisle, sur l'art. 45; Demolombe, 1, n. 317.]

registres, l'extrait a la même force probante que l'original[4], art. 1334 et 1335.

Les registres de l'état civil et les extraits de ces registres font foi, en leur qualité d'actes authentiques, art. 1319, jusqu'à inscription de faux, art. 45[5]. Cependant ce principe ne s'applique point aux énonciations relatives à des faits dont l'officier de l'état civil ne pouvait témoigner que d'après les déclarations des personnes qui avaient comparu devant lui[6]. V. art. 323.

§ 81. *De l'absence et de la perte des registres de l'état civil.*

En principe, les faits qui, d'après la loi, font la matière des actes de l'état civil[1] ne peuvent être prouvés que par les registres de l'état civil et par les extraits qui en sont délivrés, Arg. art. 46, 319 et s.

Cependant cette règle admet les exceptions suivantes[2] :

1° S'il n'a été tenu aucun registre dans la commune où l'acte aurait dû être dressé, art. 46 ; et par analogie[3], si, par suite de circonstances extraordinaires, il a été impossible de constater le fait qui devait être l'objet de l'acte[4] ; et même s'il résulte des circonstances

[4] Maleville et Delvincourt, sur l'art. 45; Vazeille, *Du mar.*, 1, n. 199; [Duranton, 1, n. 299; Rieff, n. 66. Cette opinion, qui se fonde sur une assimilation inexacte des actes de l'état civil avec les actes notariés, ne doit pas être admise. L'extrait certifié conforme fait foi par lui-même de sa conformité avec l'original, sans qu'il y ait lieu de les conférer l'un à l'autre. Marcadé, sur l'art. 45; Demolombe, 1, n. 318; Bonnier, *Des preuves*, n. 744; Bourges, 17 fév. 1845, S. V., 47, 1, 55.]

[5] [Principal ou incident.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Maternité*, n. 6; Cass., 18 brum. an XII et 12 juin 1823; [Marcadé, sur l'art. 45; Demolombe, 1, n. 319. On peut dire qu'il n'y a lieu à inscription de faux que contre les énonciations dont la fausseté paraît de nature à motiver une poursuite criminelle contre l'officier de l'état civil. V. *Ibid.* Ainsi les énonciations de jour et d'heure des décès, des noms dans les actes de naissance ou de mariage, peuvent être combattues sans qu'il soit besoin de prendre la voie de l'inscription de faux. V. *ibid.*, et Cass., 16 mars 1841, S. V., 41, 1, 532. V. cependant Toullier, 2, n. 805; Duranton, 1, n. 305 et s.]

[1] En conséquence, ce principe n'est pas applicable à la preuve de la viabilité d'un enfant. V. Cass., 5 fév. 1809. Il en est de même lorsque, la parenté n'étant pas contestée, il s'agit seulement d'établir les degrés de parenté. V. Paris, 2 mars 1814. — Du reste, le principe et les exceptions qu'il comporte ne sont applicables à la preuve des faits sur lesquels on peut à volonté faire dresser ou non un acte de l'état civil, par exemple à la reconnaissance d'un enfant naturel, qu'autant qu'il y aurait eu un acte de cette espèce. [V. Cass., 13 mai 1827 et 16 févr. 1837, S. V., 37, 1, 642; Demolombe, 1, n. 326; Valette sur Proudhon, 2, p. 102; Demante, 1, p. 91. V. cependant Marcadé, sur l'art. 46.]

[2] Il sera question ultérieurement des exceptions spéciales résultant, pour certains actes de l'état civil, des articles 197, 320, 323. L'article 46, au contraire, est applicable à tous les actes qui auraient pu être inscrits sur les registres de l'état civil, Merlin, *Rép.*, v° *État civil*, § 2. [Ainsi il est applicable à un acte d'adoption, Cass., 4 fév. 1822; Demolombe, 1, n. 327.]

[3] Par exemple, s'il s'agit de l'acte de décès d'un absent, Cass., 12 mars 1807. V. Locré, sur l'art. 32. Relativement à la preuve du décès des militaires morts sur le champ de bataille, V. *inf.*, § 86. Merlin, *Rép.*, v° *État civil*, § 2, a très-bien expliqué l'art. 46.

[4] L'art. 4, tit. 20 de l'ord. de 1667, à

qu'un acte de l'état civil n'a point été porté sur les registres, bien que la cause de cette omission ne puisse être déterminée avec certitude[5].

2° Si les registres ont été perdus[6], art. 46; et par analogie, si une feuille de ces registres a été détruite, lacérée ou est illisible[7].

Dans ces différents cas, il importe avant tout de constater judiciairement le fait sur lequel on appuie l'exception; le fait, par exemple, qu'il n'a été tenu aucun registre dans la commune; et cette preuve a lieu soit par titres, soit par témoins, art. 46[8]. Quand la preuve de ce fait a été administrée, le fait qu'il aurait fallu prouver par un acte de l'état civil peut être prouvé non-seulement par des actes authentiques, mais encore par témoins. Cependant la preuve par témoins ne doit pas être facilement admise sans un commencement de preuve par écrit, ou si la partie adverse n'a pas par ses aveux rendu probable le fait à prouver[9]. Parmi les écrits qui peu-

laquelle l'art. 46 a été emprunté, recevait déjà cette interprétation, Merlin, *Quest.*, v° *Décès*, § 1.

[5] Maleville, sur l'art. 46; Toullier, n. 350; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 2; *Quest.*, v° *Décès*, § 1. [Delvincourt, sur l'art. 46; Favard, v° *Actes de l'état civ.*, sect. 1, § 4, n. 2; Rieff, n. 78; Duranton, 1, n. 296; Coin Delisle, sur l'art. 46; Desclozeaux, n. 97 et s.; Bonnier, *Des preuves*, n. 125]. Bordeaux, 29 août 1811; Cass., 22 déc. 1819, 1er juin 1830, 22 août 1831, S. V., 31, 1, 361; Montpellier, 12 mars 1832, S. V., 32, 2, 610. [*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 46; Demolombe, n. 424. La question est fort grave. Si les nécessités pratiques justifient la première opinion qui prévaut dans la doctrine et la jurisprudence, on ne peut se dissimuler qu'au point de vue purement théorique, elle ne soulève les objections les plus sérieuses, et que l'opinion des deux derniers auteurs cités ne soit en elle-même préférable. Nous croyons donc, prenant un moyen terme, que la simple omission sur des registres réguliers d'un acte qui n'y a pas été inscrit, ayant dû l'être, ne peut être réparée par les moyens déterminés dans l'art. 46, qu'à la requête du ministère public, agissant dans un but d'ordre public et d'intérêt général; ou bien encore quand la demande formée par une partie privée ne rencontre aucune contradiction; dans ce dernier cas, le jugement ne pourra en aucune manière être opposé aux tiers.]

[6] Ou une annexe du registre. La perte de l'annexe peut, ainsi que celle du registre, être prouvée même par témoins, pourvu qu'il soit fait mention de l'annexe dans l'acte, [Cass., 16 fév. 1837, S. V., 37, 1, 642.]

[7] Locré, sur l'art. 56; Toullier, 1, n. 349; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 5, § 2; Favard, v° *Actes de l'état civil*, sect. 1, § 4, et v° *Décès* (*Acte de*), § 14; Cass., 21 juin 1814; [Demolombe, 1, n. 322; Marcadé, sur l'art. 46. —L'inscription sur une feuille volante d'un acte de l'état civil peut, selon les circonstances, prouver le fait qui y est constaté et, à plus forte raison, autoriser à prouver l'omission de cet acte sur les registres, Toullier, n. 341; Coin Delisle, sur l'art. 52; Richelot, 1, p. 195; Metz, 19 août 1824.—*Contrà*, Demolombe, 1, n. 322. Mais il est bien évident que la perte de la feuille volante ne pourrait être prouvée comme la perte des registres.]

[8] Dans les cas particuliers non expressément prévus par l'art. 46, il faut une preuve par acte authentique ou tout au moins un commencement de preuve par écrit, Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil*, § 2; Delvincourt, sur l'art. 46; Toullier, 1, n. 346; Duranton, 1, n. 293.

[9] La nécessité du commencement de preuve par écrit résulte de l'esprit du droit pratique français, art. 1347. V. Locré, sur l'art. 46; Toullier, 1, n. 346; *Œuvres du chancelier d'Aguesseau*, *plaid. XI*; Vazeille, *Traité du mariage*, 1, n. 198; Duranton, 1, n. 294; Paris, 13 flor. an VII. [L'art. 46, du reste, n'exclut point d'autres moyens de preuve; par conséquent des présomptions sont admissibles, Demolombe, 1, n. 325; Coin Delisle, sur l'art. 46.]

vent servir à cet effet, les papiers et les registres des pères et mères et autres ascendants[10], en supposant décédées[11] les personnes desquelles ils proviennent, méritent de préférence considération[12], art. 46.

§ 82. *Des règles relatives à la tenue et à la conservation des registres de l'état civil.*

Les différents fonctionnaires ou officiers publics chargés par la loi de la préparation, de la tenue, de la surveillance et de la garde des registres de l'état civil, c'est-à-dire le président du tribunal de première instance, le procureur impérial[1], le greffier du tribunal de première instance, les officiers de l'état civil, doivent, pour toute contravention aux dispositions qui les concernent[2], être poursuivis au civil devant le tribunal de première instance compétent, sous la réserve des voies de recours[3], art. 54, et non devant le tribunal de première instance jugeant au correctionnel[4]; et être condamnés à une amende qui en règle ordinaire (art. 68, 156, 192) ne peut excéder 100 fr., art. 50. Dans le cas des art. 156 et 157, le tribunal de police correctionnelle peut de plus condamner les of-

[10] Vazeille, n. 197; [Demolombe, 1, n. 325.]

[11] Pour repousser tout soupçon de fraude ou de collusion. Aussi cette condition n'est-elle pas exigée quand la preuve se fait vis-à-vis des parents de qui émanent les écrits invoqués.

[12] L'art. 48 ne parle que des papiers des pères et mères décédés, mais il n'est pas limitatif. Observ. du Tribunat sur l'art. 46; Merlin, *Rép.*, v° *Etat civil*, § 2; Cass., 8 nov. 1820. [Le juge, en pareil cas, peut aussi avoir égard aux registres des paroisses, ainsi qu'à ceux qui sont tenus dans les hôpitaux.]

[1] V. la discussion sur l'art. 50. [Locré, sur cet article; Maleville, *ibid.*; Toullier, 1, n. 312; Rieff, n. 95.—D'autres auteurs, Coin Delisle, sur l'art. 50; Richelot, 1, n. 205; Demolombe, 1, n. 288, Marcadé, sur l'art. 50, décident au contraire, avec raison, que le procureur impérial, à qui appartient précisément la surveillance des fonctionnaires chargés de la tenue et de la conservation des registres, ne peut être passible de la peine des surveillés. A plus forte raison en est-il ainsi du président et des juges qui le remplacent, puisque ce sont eux qui sont chargés d'appliquer la peine aux contrevenants. D'ailleurs, les magistrats ne peuvent être poursuivis qu'en certains cas déterminés et avec certaines formes qui leur rendent complétement inapplicables les art. 50 et s.]

[2] Bien que l'art. 50 ne parle que de la contravention aux dispositions des art. 34-49, ses dispositions devraient cependant, s'appliquer, *ob paritatem rationis*, à l'inobservation de toutes les règles relatives à la tenue et à la conservation des registres de l'état civil, Locré, sur l'art. 50; Vazeille, *Du mariage*, 1, p. 209. [L'art. 50 doit au contraire, comme toute disposition pénale, être strictement renfermé dans ses termes.] Sur la prescription de l'action, V. Favard, v° *Acte de l'état civil*, sect. 1, § 3; [Rieff, n. 30, et Desclozeaux, n. 35, d'après lesquels cette action dure trente ans.]

[3] [Et par conséquent de l'appel, Maleville, sur l'art. 54; Toullier, 1, n. 312; Duranton, 1, n. 281; Favard, v° *Actes de l'état civ.*, sect. 1, § 3, n. 2; Coin Delisle, sur l'art. 54; Marcadé, sur l'art. 54, Demolombe, 1, n. 289.—*Contrà*, Rieff, n. 99; Desclozeaux, n. 36.]

[4] Avis du Conseil d'Etat des 30 niv. et 4 pluv. an XII. Cet avis parle aussi du tribunal compétent, qui est le tribunal au greffe duquel, aux termes de l'art. 43, les registres doivent être déposés. [Sur le point de savoir si les officiers de l'état civil peuvent être poursuivis sans autorisation, V. *sup.*, § 73.]

ficiers de l'état civil à l'emprisonnement. Il y a encore dans le Code pénal des dispositions applicables aux crimes et délits commis par ces fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions, Pén., art. 145 et s., 192 et s., 340.

Le procureur impérial est tenu chaque année, après le dépôt au greffe des registres de l'état civil, d'en vérifier l'état, d'en dresser procès-verbal ; et, après avoir donné avis au ministre de la justice des irrégularités qu'il a constatées[5], de poursuivre devant le tribunal les officiers de l'état civil coupables de ces irrégularités[6]; art. 53. V. aussi art. 156 et s.

L'officier de l'état civil qui, dans la réception d'un acte de l'état civil, s'est rendu coupable de faux, ou qui a inscrit un acte sur une feuille volante[7], ou qui l'a inscrit de toute autre manière que dans le registre à ce destiné[8], est tenu à des dommages-intérêts vis-à-vis des parties intéressées. L'officier de l'état civil et les autres fonctionnaires chargés de la conservation des registres de l'état civil sont même responsables, non-seulement des altérations qu'ils peuvent avoir commises eux-mêmes, mais encore de toutes celles qui ont pu être commises pendant que ces registres étaient sous leur garde[9], sauf leur recours, aux termes du droit commun, contre ceux qui les ont commises, art. 51, 52 et 1382[10].

§ 83. *Des actions et des exceptions relatives à l'état civil.*

Les questions qui concernent l'état civil d'une personne sont appelées *questions d'état*[1]. Dans l'acception restreinte, cette désignation ne comprend que les questions relatives à la descendance légitime d'un enfant, art. 326, 327.

L'exposition des principes sur les actions et les exceptions relatives à l'état civil viendra dans cet ouvrage, comme dans le Code Napoléon, suivant l'ordre des matières.

[5] Circulaires du ministre de la ustice, du 22 brum. an XIV et du 10 sept. 1806, qui s'appuient sur deux avis du Conseil d'État; Maleville, sur l'art. 53. V. aussi une ordonn. du 26 nov. 1823. [La vérification doit avoir lieu sur les deux doubles, dont les maires sont tenus de faire l'apport au greffe, Cass., 23 fév. 1847, S. V., 47, 1, 361.]

[6] L'art. 53 dit : *Contraventions ou délits*. Mais il ne faut pas oublier que les rédacteurs du Code ne pouvaient alors avoir en vue la division des faits punissables en contraventions, délits et crimes, introduite plus tard par le Code pénal.

[7] [Sur la force probante des actes portés sur une feuille volante, V. le § qui précède, note 7.]

[8] Par exemple, si un acte de naissance a été porté sur le registre des actes de décès, Delaporte, sur l'art. 51.

[9] Sous le mot altération, il faut comprendre la lacération d'une feuille, Maleville, sur l'art. 51.

[10] La rédaction des art. 51 et 52 n'est pas irréprochable. L'interprétation que nous en avons donnée est celle qui paraît le mieux concorder avec la discussion et les principes généraux du droit.

[1] *Praejudiciales actiones in rem esse videntur*, § 13, Inst., *De action.*; Merlin, *Rép.*, v° *Questions d'état*, et *Quest.*, *eod. verb.*

CHAPITRE II.

DES ACTES DE NAISSANCE.

§ 84. *Règles générales. — Règles particulières.*

Les règles relatives aux actes de naissance sont ou générales ou particulières.

Règles générales.—Il doit être dressé acte de toute naissance par l'officier de l'état civil de la commune où l'enfant est né, art. 55. Par suite le père[1], ou à défaut du père, et si l'enfant est un enfant naturel, les docteurs en médecine ou en chirurgie, sages-femmes, officiers de santé ou autres personnes ayant assisté à l'accouchement, et lorsque la mère est accouchée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle est accouchée, sont tenus, sous les peines portées par l'art. 346 du Code pénal[2], de déclarer la naissance à l'officier de l'état civil dans les trois jours de l'accouchement[3]. L'enfant doit de plus être présenté à l'officier de l'état civil[4], art. 55, 56, § 1; Pén., art. 346. — L'acte de naissance est rédigé de suite[5] en présence de deux témoins, art. 56, § 2. Cet acte doit

[1] Cette obligation n'est pas imposée à la mère, à qui son état de santé en aurait rendu l'accomplissement impossible. V. la discussion. [Cass., 10 sept. 1847, S. V., 47, 1, 765.]

[2] La peine doit être appliquée *in solidum* à tous ceux qui ont assisté à l'accouchement. [V. Cass., 2 sept. 1843, S. V., 43, 1, 801; et Grenoble, 22 janv. 1844, S. V., 44, 2, 125. C'est au surplus, ce nous semble, une question d'appréciation, et qui dépend des circonstances, que celle de savoir si toutes les personnes chargées par la loi de faire la déclaration, ou seulement quelques-unes d'entre elles, sont coupables du défaut de déclaration, et par suite passibles des peines prononcées par la loi. — Quant à l'obligation de faire la déclaration, elle incombe d'abord au père, s'il y a un père, et s'il est présent; ensuite aux médecins, officiers de santé ou sages-femmes qui, à raison de leurs fonctions, contractent une obligation particulière; enfin aux personnes présentes, dont l'obligation est moins étroite, parce qu'elles ont dû compter sur les autres, Duranton, 1, n. 312; Marcadé, sur l'art. 56; Demolombe, 1, n. 293.] Lorsque la femme accouche hors de son domicile, l'obligation incombe principalement à la personne chez qui elle est accouchée; et les personnes présentes sont ensuite tenues comme dans les cas ordinaires, [Mêmes autorités, et Rieff, n. 127.] Selon Merlin, *Rép.*, v° *Déclaration de naissance*, n. 1, la personne chez laquelle l'accouchement a eu lieu est seule responsable. V. en ce sens, Cass., 7 nov. 1823; Metz, 22 mars 1824, et Lyon, 19 juill. 1827.

[3] [V. *inf.*, note 5. — Le jour de l'accouchement ne compte pas dans les trois jours, Coin Delisle, sur l'art. 55; Desclozeaux, n. 58; Rieff, n. 115; Hutteau d'Origny, tit. 5, ch. 1, § 1, n. 10.]

[4] La présentation de l'enfant est nécessaire pour prévenir toute fraude. Mais la loi ne désigne pas, à dessein, le lieu où cette présentation doit être faite; l'officier de l'état civil peut donc se transporter au domicile de la mère. V. la discussion. [L. 20 sept. 1792, tit. 3, art. 6; Maleville, sur l'art. 55; Delvincourt, 1, p. 34; Toullier, 1, n. 313; Favard, v° *Naissance*, n. 1; Desclozeaux, n. 61.] L'acte de naissance ne perd pas sa force probante par l'omission de la présentation, Bruxelles, 4 juill. 1811; Angers, 25 mai 1822.

[5] Si l'acte n'a pas été dressé dans les

énoncer le jour, l'heure[6] et le lieu de la naissance; le sexe de l'enfant; les prénoms qui lui sont donnés; les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère[7], art. 57.—On ne peut choisir pour prénoms que les noms en usage dans les différents calendriers, ou ceux des personnages connus de l'histoire ancienne. —Un changement de nom ne peut avoir lieu qu'avec l'autorisation du gouvernement, Loi du 11 germ. an XI[8].

Règles particulières. — Elles se rapportent aux cas suivants :

1° Au cas où il a été trouvé un enfant nouveau-né, art. 58. V. Pén., art. 347;

2° Aux enfants nés pendant un voyage en mer, art. 59-61[9];

3° Aux enfants des militaires, nés aux armées, art. 92, 93[10].

Si l'on présente à l'officier de l'état civil le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a été constatée par aucun acte antérieur, cet officier doit seulement mentionner dans l'acte qu'il rédige, qu'il lui a été présenté un enfant mort, sans exprimer si cet enfant est décédé ou s'il est mort-né[11]. Il recevra de plus la déclaration des témoins touchant les noms, prénoms, qualités et demeure des père et mère, et la désignation des an, jour et heure auxquels l'enfant est sorti du sein de sa mère. Décr. du 4 juillet 1806[12].

§ 85. *Mentions relatives à la reconnaissance des enfants naturels.*

V. le titre de la *Paternité* et de la *Filiation*.

trois jours qui ont suivi la naissance, [soit par défaut de déclaration, soit par omission de l'officier de l'état civil], il y a lieu de recourir aux dispositions des art. 99 et s., concernant la rectification des actes de l'état civil, Avis du Cons. d'Et. du 12 brum. an XI; Colmar, 25 juill. 1828; [Merlin, *Rép.*, v° *Naissance*, §4; Duranton, 1, n. 313; Rieff, n. 116; Desclozeaux, n. 59.] V. cependant Maleville, sur l'art. 55, [et Coin Delisle, *ibid.*] En tout cas, la force probante de l'acte ainsi tardivement rédigé devrait être laissée à l'appréciation des tribunaux, [Angers, 25 mars 1822. —Jugé cependant que l'acte tardivement rédigé ne fait pas foi du jour de la naissance, Paris, 9 août 1813.]

[6] Le moment de la naissance devra être indiqué encore plus clairement pour des enfants jumeaux. Cela est important pour la question de primogéniture. V. aussi Chabot, sur l'art. 722; Duranton, 6, n. 52. Si le jour de la naissance n'est pas indiqué dans l'acte, on doit présumer qu'elle a eu lieu à la date de l'acte de naissance, Merlin, *Rép.*, v° *Naissance* (*Acte de*), § 2. [Si l'acte, sans énoncer le jour de la naissance, indique le jour du baptême, c'est à ce jour qu'on doit faire remonter la date de la naissance, Cass., 19 prair. an XII.]

[7] V. cependant ci-dessus, § 75, pour le cas où il s'agit d'un enfant naturel ou adultérin.

[8] Sur les noms et prénoms des juifs, V. le décret du 20 juillet 1808. Relativement à l'origine des noms de famille, V. Favard et Dalloz, v° *Nom*.

[9] V. ordonn. de la marine, tit. 3.

[10] Sur les dispositions particulières de ces articles, V. Locré, sur ces articles.

[11] [Cet acte ne fait aucun préjugé sur le point de savoir si l'enfant a eu vie ou non, Décr. 4 juill. 1806. V. cep. Paris, 12 flor. an XIII; Vazeille, sur l'art. 725.]

[12] [L'obligation de déclarer la naissance d'un enfant mort-né est imposée à toute personne qui assiste à la naissance, comme s'il s'agissait d'un enfant vivant, Cass., 2 sept. 1843, S. V., 43, 1, 801; et 2 août 1844, S. V., 44, 1, 671; Demolombe, 1, n. 299.]

CHAPITRE III.

DES ACTES DE MARIAGE.

V. le titre du *Mariage*.

CHAPITRE IV.

DES ACTES DE DÉCÈS.

§ 86. *Règles générales.* — *Règles particulières.*

Les actes de décès, comme les actes de naissance, sont soumis à des règles générales et à des règles particulières.

Règles générales. — Tout décès[1] doit être constaté par un acte de décès[2] dressé par l'officier de l'état civil sur la déclaration de deux témoins[3], qui doivent être autant que possible les plus proches parents ou voisins du décédé, ou, lorsque la personne est décédée hors de son domicile, la personne chez laquelle elle est décédée et un parent ou autre, art. 78. — L'acte doit contenir les prénoms, noms, âge, profession et domicile de la personne décédée; les prénoms, noms, âge et profession du conjoint, si cette personne est mariée ou veuve; les prénoms, noms, âge, profession et domicile des témoins, et si ces témoins sont parents de la personne décédée, le degré de parenté; de plus et autant que possible, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère de la personne décédée et le lieu de sa naissance; enfin le lieu et le temps de son décès[4], art. 79.

[1] Sur les inhumations, V. le décret du 23 prair. an XII, qui est la loi principale en cette matière; l'art. 77, et un décret du 4 thermidor an XIII, qui se rattache à cet article, et Pr., art. 358-360; Merlin, *Rép.*, v° *Cimetière* et *Sépulture*.

[2] La loi du 20 sept. 1790 est la source principale de ces dispositions.

[3] L'art. 78 se sert du mot *témoins*; l'art. 79, en parlant des mêmes personnes, emploie le mot *déclarants*. Il résulte de ce rapprochement que les mêmes personnes doivent servir de témoins et de déclarants, et par suite réunir les qualités exigées par l'art. 37. Telle est du reste l'opinion de Delvincourt sur l'art. 78. [V. aussi Marcadé, sur l'art. 78, et Demolombe, 1, n. 303.] Il nous semble cependant plus rationnel d'admettre de préférence à la déclaration d'un décès les personnes qui en ont une connaissance directe, alors même qu'elles ne réuniraient pas les conditions exigées par l'art. 37.

[4] Cette dernière mention n'est pas exigée par l'art. 79. V. cependant Maleville, sur cet art.; Duranton, 1, n. 333; [Coin Delisle, sur l'art. 79; Desclozeaux, n. 70. — Nous croyons que cette mention n'est pas nécessaire; qu'elle peut cependant être insérée, et que dans ce cas elle fait foi, non jusqu'à inscription de faux, mais seulement jusqu'à preuve contraire, Coin Delisle, *ibid.*; Richelot, n. 180; Marcadé, sur l'art. 79. — *Contrà*, Demolombe, 1, n. 304.]

Les règles particulières concernent les décès dans les hôpitaux[5], art. 80; les cas de mort violente[6], art. 81-83, 85; [les enfants dont la naissance n'a pas été enregistrée[7], Décr. 4 juill. 1806, V. *sup.*, § 84]; les décès dans les prisons, art. 84, 85; pendant un voyage en mer, art. 86, 87; enfin à l'armée, art. 96, 97. V. aussi ci-dessus § 84, *in fine*.

TITRE III.

DU DOMICILE.

—

Articles 102 a 111.

—

SOMMAIRE.

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier. — DU DOMICILE GÉNÉRAL.

CHAPITRE II. — DU DOMICILE SPÉCIAL, OU ÉLU.

PRÉLIMINAIRES.

§ 87. *Définition du domicile et de la résidence.*

La résidence ou l'habitation est le lieu où une personne se trouve habituellement et non accidentellement, sans qu'il soit nécessaire qu'elle ait l'intention de s'y fixer à tout jamais[1]. — Si le

[5] V. la loi du 3 mars 1822, art. 19.

[6] Sous le mot de mort violente il ne faut pas comprendre celle qui est le résultat d'une chute ou d'un accident. V. sur les décès par accident dans les mines, les art. 18 et 19 du décret du 3 janv. 1813; Locré, sur l'art. 81.

[7] [Ce n'est pas là, à proprement parler, un acte de décès : l'officier de l'état civil auquel est présenté le cadavre d'un enfant dont la naissance n'a pas été enregistrée constate seulement que cet enfant lui a été présenté sans vie, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur le point de savoir si l'enfant a eu vie ou non. V. *sup.*, § 84, note 11.]

[1] Les étudiants n'ont qu'une résidence dans le lieu où ils suivent leurs cours. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 4; Duranton, 1, n. 370. — Il en est de même

domicile d'une personne est inconnu, sa résidence en tient lieu, art. 115; Pr., 2 et 69, n. 8[2].

Le domicile est le lieu où, aux yeux de la loi, une personne demeure d'une façon permanente, pour l'exercice de ses droits et l'acquit de ses obligations, bien qu'en fait elle n'y soit pas toujours présente[3].

La loi française reconnaît plusieurs espèces de domiciles. Elle peut considérer, et il lui arrive, en effet, de considérer une même personne comme présente à la fois dans tel endroit pour certains droits et certaines obligations, et dans tel autre endroit pour des droits et des obligations d'un ordre différent[4]. Ainsi il y a, par

des soldats dans leur garnison, Mourre, *Œuvres judiciaires*, 4, p. 416; [Boncenne, *Théorie de la proc.*, 2, p. 205; Carré et Chauveau, *Lois de la proc.*, quest. 351. — ... De même encore des marins, qui doivent être assignés, pour tout ce qui tient à la généralité de leurs droits, à leur domicile réel et non à bord du vaisseau sur lequel ils se trouvent, Carré et Chauveau, n. 352; Boncenne, 2, p. 205; sans préjudice du domicile spécial qu'ils ont à bord du navire pour tout ce qui concerne l'expédition. V. Massé, 3, n. 54.] Les condamnés, sauf toutefois les déportés, Pén. art. 17, conservent le domicile qu'ils avaient avant le jugement de condamnation, Favard, v° *Domicile*, § 2, n. 6. [On peut dire d'une manière à la fois plus générale et plus précise que les condamnés à l'emprisonnement ou à l'exil conservent le domicile qu'ils avaient avant leur condamnation, quand leur peine ne les met pas en état d'interdiction, auquel cas ils ont leur domicile chez leur tuteur (V. *inf.*, tit. 9 et 10), Domat, *Droit publ.*, liv. 1, tit. 16, sect. 3, n. 14; Duranton, 1, n. 372 et 373; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 3, n. 4; Boncenne, 2, p. 204. — Quant aux déportés, comme morts civils, ils ne sauraient avoir de domicile civil en France : leur domicile est dès lors au lieu de leur résidence, Duranton, 1, n. 373. — Jugé toutefois que le condamné à une peine emportant mort civile conserve son premier domicile jusqu'à l'exécution de l'arrêt de condamnation, Paris, 30 janv. 1817; — et que les individus déportés par mesure politique, n'étant pas fixés pour leur vie dans le lieu de leur déportation, ne perdent pas leur ancien domicile, quelque temps qu'ait duré leur exil, Cass., 16 frim. an XI.]

[2] [Il suit de là que la citation donnée devant le juge de la résidence n'est pas nulle, bien que le défendeur ait réellement un domicile, si le demandeur n'en avait pas connaissance, sauf au défendeur à demander son renvoi devant le juge de son domicile, Lepage, *Proc. civ.*, p. 15; Pigeau, 1, p. 161; Carré et Chauveau, n. 7. — La résidence tient lieu de domicile aux étrangers. Cass., 27 juin 1809; 20 août 1811; Pigeau, *Proc. civ.*, p. 198; Chauveau sur Carré, n. 391 *ter*; Massé, 2, n. 223. — ... Aux marchands colporteurs, Douai, 31 mars 1843, S. V., 43, 2, 327; Nouguier, *Trib. de comm.*, 2, p. 394, n. 4; Rodière, *Proc. civ.*, 1, p. 110. — ... Aux comédiens ambulants, Nîmes, 4 pluv. an IX; *Encyclop. des huissiers*, v° *Exploit*, n. 190; Carré, sur l'art. 69 Pr.; Boncenne, *Théorie de la proc.*, 2, p. 205.]

[3] [La résidence peut donc être distincte du domicile, et il y a dès lors entre l'un et l'autre cette différence que le domicile est de droit, tandis que la résidence est de fait, Massé, 3, n. 52; Demolombe, 1, n. 344; Marcadé, sur l'art. 102.]

[4] Aussi la même personne peut avoir son domicile à tel endroit dans une affaire, et à tel autre endroit dans une autre affaire. Ordinairement le domicile civil se confond avec le domicile politique, Décr. du 17 janv. 1806; lois du 5 fév. 1817, art. 3; 19 avril 1831, art. 10; 22 juin 1833, art. 29. V. encore Locré, sur l'art. 102. [Aux termes des lois électorales des 15 mars 1849 et 2 février 1852, le domicile politique, quant à l'exercice du droit d'électeur, se constitue par six mois de résidence.]—Pour le domicile de secours, V. le décret du 24 vend. an II. [Le domicile de secours est le lieu où l'homme nécessiteux a droit aux secours publics : il est réglé par le tit. 5 du décret précité.]

exemple, le domicile politique, qui est celui où s'exercent les droits politiques et civiques [5]; le domicile pour le payement de l'impôt [6]; le domicile civil. Il n'est traité dans cet ouvrage que du domicile civil.

§ 88. *Du domicile civil et de ses différentes espèces.*

Le domicile civil, c'est-à-dire le lieu où une personne est censée toujours présente, sous le double rapport de ses droits et de ses obligations, est ou *général* ou *spécial*. Le domicile général s'étend à tous les droits et à toutes les obligations de la personne ; le second n'a trait qu'à certains rapports juridiques. On ne peut avoir qu'un domicile général [1].

Le domicile général vient de la loi : c'est le *domicile de droit;* ou d'un fait particulier à la personne : c'est le *domicile réel.* Dans le premier cas, c'est la loi qui détermine pour certaines personnes, d'une manière absolue et sans admettre la preuve contraire [2], le lieu où elles sont présumées demeurer. Dans le second cas, le domicile résulte du fait de l'établissement d'une personne dans un certain lieu, avec l'intention de continuer à y demeurer [3].

Le domicile spécial résulte ou de la loi, en ce sens que dans

[5] V. Proudhon, 1, p. 119; Toullier, 1, p. 363, note 1; Duranton, 1, n. 382; [Demolombe, 1, n. 340; Marcadé, sur l'art. 102]; Décr. du 17 janv. 1806; Lois des 5 fév. 1817, art. 6; [10 avril 1831, art. 10; 22 juin 1833, art. 29 et 30; 15 mars 1849, art. 1; 31 mai 1850, art. 2; et Décr. du 2 fév. 1852, art. 13.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 10. [La contribution personnelle est due dans la commune du domicile réel; la contribution mobilière, partout où le contribuable a une habitation meublée, L. 21 avril 1832, art. 13.]

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Déclinatoire*, § 1; Vazeille, *Des pres.*, n. 508; [Toullier, 1, n. 367; Duranton, 1, n. 359; Richelot, 1, n. 224; Demolombe, 1, n. 347; Marcadé, sur l'art. 103. — Il en était autrement en droit romain. La loi 6, § 2, Dig., *Ad municipalem*, permettait plusieurs domiciles, et cette loi était suivie dans l'ancien droit français, Rodier, sur l'art. 3 du tit. 3 de l'ord. de 1667, quest. 7, n. 13; Mazuer, *Pratique*, 1, n. 31; Boucheul, sur *Poitou*, 2, p. 467 et 486; Brillon, *Dict.*, v° *Assignation*, n. 8 et 87. — Mais cette règle, qu'on ne peut avoir qu'un domicile, ne s'applique qu'au domicile général; elle ne s'applique pas au domicile spécial. V. Massé, 3, n. 54, et *inf.*, § 92. — Peut-on n'avoir aucun domicile général? La plupart des auteurs soutiennent qu'on a toujours un domicile d'origine, un domicile paternel, que l'on conserve tant que l'on n'en a pas adopté un autre, Toullier, 1, n. 371; Proudhon, 1, p. 243; Duranton, 1, n. 360; Richelot, 1, n. 224; Marcadé, sur l'art. 103. Demolombe soutient, au contraire, que le domicile d'origine même peut manquer, quand le père est un individu qui passe sa vie à courir de ville en ville, 1, n. 348. — La question nous paraît n'avoir aucun intérêt pratique, puisque la loi prévoit le cas où le domicile n'est pas connu, pour le remplacer par la résidence, Pr., 59 et 69, § 8, et que n'avoir pas de domicile, ou n'avoir pas de domicile connu, revient dès lors absolument au même.]

[2] *Est præsumptio juris et de jure.* Merlin, *Rép.*, v° *Receveur de contributions directes*, n. 4, et v° *Domicile*, § 5.

[3] Les lois rendues depuis 1814 emploient le mot *réel* pour désigner le domicile civil, par opposition au domicile politique. Duranton, 1, n. 352, oppose le domicile réel au domicile d'élection; [et avec Duranton, la plupart des auteurs. V. Toullier, 1, n. 367 et 368; Demolombe, 1, n. 342.]

certains cas et à de certaines fins la loi attribue à la résidence le caractère du domicile, art. 74, 167[4]; ou du choix de la personne[5] : c'est le *domicile élu*. Ce choix est ou volontaire, ou imposé par une disposition de la loi[6]. On ne traitera ici que du domicile spécial résultant de l'élection volontaire, les principes relatifs à l'élection forcée se rattachant surtout à la procédure. On peut dire toutefois qu'en règle générale il n'y a pas de différence entre les effets de ces deux espèces de domicile.

Le fait de l'élection d'un domicile spécial pour l'exécution d'un acte juridique ne détruit pas, même pour cet acte, le domicile général ; et le créancier peut à son *choix* porter son action *in foro domicilii generalis*, ou *in foro domicilii electi*[7], art. 111; Pr. 59, à moins qu'il ne résulte de l'acte que l'élection de domicile a eu lieu dans l'intérêt du débiteur[8].

CHAPITRE I.

DU DOMICILE GÉNÉRAL.

§ 89. *Du domicile de droit.*

La loi assigne un domicile de droit :

[4] V. Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 9.

[5] V. L. 29, C. *De pactis*.

[6] V. art. 176, 2148; Pr., art. 61, 422, 435, 559, 584, 609, 634, 637, 780, 783, 789, 927. Le but de la loi, dans ces articles, est de faciliter ou d'abréger l'exercice d'un droit.

[7] La priorité de l'action décide seule, Merlin, *Quest.*, v° *Domicile élu*, § 2; Cass., 23 vent. an X; [Toullier, 1, n 369; Demolombe, 1, n. 376.]

[8] Duranton, 1, 382 ; [Pigeau, *Comm.*, 1, p. 170 et 171 ; Thomines, *Proc.*, 1, p. 148; Boitard, 1, p. 230; Carré, *Compét.*, 2, n. 554; et *Proc. civ.*, n. 270; Chauveau sur Carré, *ibid.*; Marcadé, sur l'art. 111 ; Nouguier, *Trib. de comm.*, 2, p. 298, n. 13; Demolombe, 1, n. 376.— Il en serait de même s'il résultait des termes de l'acte que l'élection de domicile a été faite dans l'intérêt commun des parties. Demolombe, *ibid.*— Comme exemple d'un cas où cesse la faculté que la loi laisse en général à la partie qui signifie un acte de procédure, de choisir, pour faire cette signification, entre le domicile élu et le domicile réel de l'autre partie, on peut citer celui où il y a eu élection de domicile par plusieurs parties, afin qu'il ne soit fait à elles toutes qu'une seule et même signification collective. Il n'est plus permis alors de signifier par copies séparées aux divers domiciles réels de chacune des parties. Si l'on signifie de cette manière plus dispendieuse, les frais en sus peuvent être déclarés frustratoires, Cass., 2 févr. 1826 ; Rouen, 11 fév. 1839, S. V., 39, 2, 196; et cela alors même que l'une des parties serait venue à décéder : cette circonstance n'autoriserait pas à signifier au domicile des héritiers, Rouen, 19 mai 1842, S. V., 43, 2, 72. — Il y a cependant sur ce dernier point un arrêt contraire de la Cour de Bordeaux du 29 août 1828, mais dont la doctrine ne doit pas être suivie, puisqu'il est de règle que l'élection de domicile conserve son effet après la mort des parties. V. *inf.*, § 92. — Observons au surplus que, dans le cas même où le créancier a le choix pour poursuivre, entre le domicile réel et le domicile élu, si le domicile réel est inconnu, c'est au domicile élu que doivent nécessairement être faites les significations : elles ne pourraient être faites au parquet, comme au cas prévu par l'art. 69, § 8, Pr., Rouen, 25 janv. 1844. S. V., 45, 2, 92.]

1° Aux fonctionnaires publics inamovibles[1] : ils ont leur domicile au lieu où ils doivent remplir leurs fonctions, à compter du moment où ils entrent en exercice, c'est-à-dire où ils prêtent serment[2], art. 106, 107.

2° A la femme mariée : elle a pour domicile celui de son mari, bien qu'elle ne demeure pas avec lui[3], ou même bien qu'ils soient séparés de corps[4], art. 108.

[1] L'institution à vie ne suffit pas pour engendrer ce domicile, Cass., 11 mars 1812; Paris, 17 août 1810. [Il faut de plus que les fonctions conférées à vie ne soient ni temporaires, ni révocables. Ainsi l'acceptation des fonctions de percepteur à vie des contributions n'emporte pas translation nécessaire et immédiate du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il doit exercer ses fonctions, Merlin, *Rép.*, v° *Receveur des contrib.*, n. 4; Boncenne, 1, p. 201; Marcadé, sur l'art. 106. — Au surplus, il nous semble hors de doute, quoique cela ait fait difficulté, que le titulaire d'une fonction amovible ou temporaire peut perdre le domicile qu'il avait avant l'acceptation de ses fonctions, et acquérir domicile dans le lieu même où il les exerce, par le fait seul de son habitation dans ce lieu, sans être tenu de faire les déclarations prescrites par l'art. 104 (V. le § suiv.), Demolombe, 1, n. 366; Cass., 11 juill. 1831, S. V., 31, 1, 362; et 20 juin 1832, S. V., 32, 1, 604. Toutefois la preuve du changement de domicile ne résulte pas *nécessairement* de l'exercice de fonctions révocables, Duranton, 1, n. 372.]

[2] Duranton, 1, 351. [*Sic* Delvincourt, 1, p. 42, note 3; Bugnet sur Pothier, *Introd. aux Cout.*, n. 15; Marcadé, sur l'art. 106; Demolombe, 1, n. 364.]

[3] Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 5; [Toullier, 1, n. 375. — Il en est ainsi alors même que le mari aurait expressément autorisé sa femme à demeurer loin de lui et à se choisir un domicile séparé : il ne peut en agissant ainsi abdiquer la puissance maritale que lui a conférée la loi. V. Devilleneuve, ses *Observ.* sur Cass., 26 juill. 1808.]

[4] Locré, sur l'art. 108. — *Contrà*, Delvincourt, Toullier, Duranton, Favard, v° *Domicile*, § 2, n. 3; [Marcadé, sur l'art. 108; Demolombe, 1, n. 358. — La question en effet n'est pas sans difficulté, et Merlin lui-même a changé d'avis sur sa solution. Dans la 4e éd. de son *Rép.*, v° *Domicile*, § 5, il admettait que la femme séparée de corps peut avoir un domicile autre que celui de son mari; dans ses additions au contraire, *ibid.*, il soutient que la femme séparée de corps conserve le domicile de son mari, et il en donne pour raison que la généralité des termes de l'art. 108 n'admet aucune exception au principe du domicile commun; que d'ailleurs la séparation de corps ne rompt pas le lien du mariage, et qu'à plusieurs égards elle laisse subsister la communauté d'intérêts entre le mari et la femme... Malgré ces raisons, qui ont de la gravité, nous pensons, avec le plus grand nombre des auteurs, que la femme séparée de corps peut se choisir un domicile autre que celui de son mari, parce que la séparation de corps, si elle ne rompt pas le lien du mariage, rompt du moins entre les époux les rapports de subordination qui s'attachent plus à la personne qu'aux biens et qui forment le fond de la puissance maritale : la femme séparée n'est plus soumise à suivre son mari, et il est naturel dès lors qu'elle ait le droit de se choisir un domicile séparé ;... ce qui n'empêchera pas que, pour contracter ou plaider, elle ne soit tenue de recourir à l'autorisation maritale. V. sur ces diverses questions, Devilleneuve, ses observations sur un arrêt de la Cour de Dijon, du 28 avril 1807. — Du reste il n'est pas douteux que la séparation de biens ne confère point à la femme la faculté d'avoir un domicile autre que celui de son mari, Colmar, 12 juill. 1806.] — Il est évident, au surplus, que la femme cesse d'avoir son domicile chez son mari s'il meurt, s'il y a divorce ou si le mariage est déclaré nul, Amiens, 21 fév. 1828. Toutefois pendant l'instance *de divortio vel nullitate matrimonii*, le domicile du mari continue à être celui de la femme. [Dans le cas où le mari serait interdit, le domicile de la femme est celui du tuteur ou curateur de son mari, Duranton, 1, n. 371; Marcadé, sur l'art. 108. — Quant à la veuve, elle doit être réputée avoir conservé le domicile tant qu'elle n'a pas manifesté une intention contraire, Delvincourt, 1, p. 42, note 12. — *Contrà*, Colmar, 27 juill. 1829.]

3° Aux mineurs non émancipés : leur domicile est celui de leur père ; en cas de décès du père, celui de la mère [5] ; enfin celui de leur tuteur, s'ils ont un tuteur autre que leur père ou leur mère [6], art. 108.

4° Aux interdits, au domicile de leur tuteur [7], art. 109.

5° Aux condamnés à des peines afflictives et infamantes, placés pendant la durée de leur peine en état d'interdiction légale : leur domicile est chez leur tuteur [8], Pén., 29.

6° A toutes personnes non comprises dans les énumérations précédentes [9] et qui, étant en service chez un maître, ou travaillant pour lui, demeurent auprès de lui [10], art. 109 [11].

La durée du domicile légal, dans ces différents cas, dépend de l'existence du fait qui le motive. Ce fait cessant, le domicile se

[5] Le mineur conserve le domicile de ses parents, même après leur mort et jusqu'à ce qu'il lui ait été nommé un tuteur, [Paris, 28 nov. 1835; Duranton, 1, n. 367; Toullier, 1, n. 370; Demolombe, 1, n. 359; Marcadé, sur l'art. 108.] Pour le domicile des enfants naturels, V. Duranton, 1, 368. [L'enfant naturel, mineur non émancipé, a pour domicile celui du père ou de la mère qui l'a reconnu. S'il a été reconnu par tous les deux, le domicile du père l'emporte. S'il n'a été reconnu ni par l'un ni par l'autre, il a son domicile soit dans l'hospice où il est reçu, soit chez la personne qui l'a pris à sa charge, Duranton, 1, n. 368; Delvincourt, 1, p. 39; Demolombe, 1, n. 361; Marcadé, sur l'art. 108.]

[6] Le domicile du tuteur, de celui qui administre, l'emporte sur le domicile du père ou de la mère, alors même que ceux-ci seraient encore vivants, Arg. de l'art. 450; [Duranton, 1, n. 367; Bugnet sur Pothier, *Introd. aux Cout.*, n. 19, note 2. V. aussi les autorités citées *sup.*, note 5.]

[7] S'il s'agit d'un mari frappé d'interdiction et ayant sa femme pour tutrice, son domicile est celui de sa femme, Duranton, 1, 366; [Demolombe, 1, n. 363. — Où serait le domicile de la femme, si un autre qu'elle était nommé tuteur de son mari interdit ? Nous pensons avec Duranton, 1, 471, et Demolombe, 1, n. 364, mais contrairement à l'opinion de Richelot, 1, n. 244, que la femme aurait son domicile chez le tuteur de son mari, puisque c'est là que serait le domicile du mari.]

[8] Duranton, 1, n. 372; [Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 3, n. 4; Carré, *Proc. civ.*, p. 184; Dalloz, v° *Domicile*, sect. 1, n. 12.]

[9] Par suite, ce principe ne s'applique pas aux mineurs non émancipés et aux femmes mariées, Delvincourt, 1, p. 374. [La femme mariée majeure qui, en qualité d'ouvrière ou de domestique, demeure dans une maison que n'habite pas son mari, n'en conserve donc pas moins le domicile de son mari, Duranton, 1, n. 374; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, n. 5; Toullier, 1, n. 375; Boncenne, 2, p. 202; Demolombe, 1, n. 368; Marcadé, sur l'art. 109.]

[10] *Quid*, s'ils n'habitent pas dans la même maison que leur maître, mais dans une maison à lui appartenante ? V. Locré, sur l'art. 109; Duranton, 1, n. 374. *Multùm arbitrio judicis permissum esse videtur.* [En général, c'est la communauté d'habitation qui est la cause de la communauté de domicile : le domicile des gens à gages qui ne demeurent pas avec leur maître doit donc se déterminer d'après les règles ordinaires, et ils n'ont leur domicile dans la maison qu'ils habitent et appartenant à leur maître qu'autant qu'ils peuvent être réputés y avoir leur principal établissement. *Sic*, Demolombe, 1, n. 369.]

[11] [Quant au fermier, métayer ou colon partiaire, soit qu'il habite la même maison que le maître, soit qu'il en habite une autre, comme il ne peut être assimilé à celui qui sert ou travaille chez une personne, il ne perd pas nécessairement son ancien domicile, bien que par le fait de sa résidence dans la ferme il puisse en acquérir un nouveau dans ce lieu, s'il devient celui de son principal établissement. *Sic*, Demolombe, 1, n. 369; Marcadé, sur l'art. 109; Valette sur Proudhon, 1, n. 248; — *Contrà*, Proudhon.]

détermine alors d'après les règles qui seront exposées au paragraphe suivant [12].

§ 90. *Du domicile réel.*

Toutes les personnes autres que celles dont il vient d'être question ont leur domicile réel au lieu de leur résidence [1], lorsque l'intention d'y rester se joint au fait de la résidence, Arg. art. 102 et 103 [2]. Dans le cas d'habitation alternative dans différents endroits, le domicile est alors au lieu du principal établissement [3], art. 102.

Il est loisible à tout citoyen de transférer à son gré son domicile d'un lieu à un autre [4], mais il ne peut par là modifier la com-

[12] Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 11.

[1] Il n'est pas nécessaire que cette résidence ait une durée déterminée, Limoges, 1er sept. 1813. [V. toutefois *inf.*, note 7. — La règle s'applique également aux étrangers, même à ceux qui n'auraient pas reçu du gouvernement l'autorisation d'établir leur domicile en France, art. 13; ils peuvent, comme les Français, y acquérir un domicile réel, par le fait de leur résidence habituelle en un certain lieu, et c'est à ce domicile, et non au lieu où ils se trouveraient accidentellement, qu'ils doivent être assignés. V. Cass., 8 therm. an XI, et les observations de Devilleneuve sur cet arrêt. V. aussi *inf.*, note 3. — Notons toutefois que ce domicile ne les soustrairait pas à la contrainte par corps dans les cas déterminés par le titre 3 de la loi du 17 avril 1832, Paris, 16 août 1811.]

[2] Le Code traite bien du changement de domicile, mais il se tait sur la manière dont il s'établit; [et c'est avec raison : l'art. 102 n'avait pas besoin de dire comment s'établit le domicile, puisqu'il dit à quel signe on le reconnaît; et, s'occupant du fait actuel du domicile pour l'exercice actuel des droits qui s'y rapportent, il n'avait pas à s'expliquer sur le domicile antérieur. Le domicile antérieur, d'origine, ou autre, n'est à considérer qu'autant qu'il s'agit de changement de domicile, et il a été pourvu à cette hypothèse par les art. 103 et s. — Nous ferons d'ailleurs observer que le domicile d'origine, c'est-à-dire celui que l'on acquiert en naissant, quand on en acquiert un, V. *sup.* § 88, n. 1, se conserve toute la vie, tant qu'une intention contraire n'est pas manifestée, alors même qu'on l'aurait quitté dès l'enfance, Maleville, 1, p. 118; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 2; Toullier, 1, n. 371; Duranton, 1, n. 356; Cass., 11 vendém. an XIII.]

[3] *Quid*, s'il y a doute sur ce lieu? V. Pr., art. 69, n. 8; Merlin, v° *Domicile*, § 8, 1, 354. [Les circonstances qui, indépendamment de la résidence habituelle, caractérisent plus particulièrement le lieu du *principal établissement*, sont le payement de la contribution personnelle et mobilière, ou de la patente dans la commune; le service de la garde nationale; l'exercice des droits politiques; l'établissement d'un commerce, Toullier, 1, n. 377; Duranton, 1, n. 354; Demolombe, 1, n. 345; Marcadé, sur l'art. 102.] Relativement au domicile des étrangers, V. § 42. [Le domicile des étrangers s'établit de la même manière que celui des regnicoles. *Sic*, Paris, 15 mars 1831. V. Massé, 2, n. 15.—Les Sociétés, qui forment des personnes morales distinctes de la personne des associés, ont un domicile distinct et qui peut être autre que celui des associés. Ce domicile, de même que celui de tout autre individu, est au lieu où la Société a son principal établissement, pour les affaires qui concernent l'intérêt de la Société, Cass., 18 pluv. an XII; Massé, 3, n. 55. — V. *inf.*, le tit. du *Contrat de société*.]

[4] [Il suffit d'être maître de ses droits. — Un Français peut-il transporter son domicile en pays étranger, de manière à ne plus conserver aucun domicile en France? Telle est la question posée par M. Demolombe, 1, n. 349, et résolue négativement par cet auteur, par ce motif que si, *en fait*, il peut arriver qu'un étranger n'ait aucun domicile en France, il n'est pas possible d'admettre, *en droit*, qu'un Français puisse renoncer purement et simplement à son domicile en France; que l'art. 103 n'autorise l'abandon d'un domicile qu'à la charge d'en adopter en même temps un autre, et

pétence dans une instance déjà liée[5], ni se soustraire frauduleusement aux poursuites de ses créanciers[6].

Le changement de domicile s'opère par le fait de la translation de la résidence d'un lieu dans un autre, joint à l'intention d'y prendre et d'y fixer son principal établissement, art. 103. De la seule translation de résidence ne résulte pas le changement de domicile : le domicile une fois acquis se conserve, malgré le changement de résidence, par la seule intention d'y retourner[7]; et dans le doute, le projet de transférer le domicile d'un lieu dans un autre ne se présume pas[8]. Aussi le dernier domicile connu d'une personne doit-il tenir lieu de son véritable domicile lorsque ce nouveau est inconnu[9].—De même, le changement de domicile ne résulte pas de l'intention ou de la déclaration d'en changer : on doit y joindre la translation réelle de l'habitation dans le lieu où l'on entend transférer le domicile[10].

qu'un domicile en pays étranger n'est pas un domicile dans le sens de l'art. 102. — Nous ne saurions admettre cette opinion : l'art. 102, en disant que le domicile de tout Français est à son principal établissement, ne distingue pas si cet établissement est en France ou en pays étranger, et l'art. 69, § 9 Pr., en déterminant le mode d'assignation des Français *établis* en pays étranger, suppose précisément qu'ils n'ont pas de domicile en France, et qu'ils peuvent avoir en pays étranger un établissement entraînant domicile. Rien ne s'oppose donc à ce que le Français puisse échanger un domicile situé en France contre un domicile situé en pays étranger. Seulement les tribunaux doivent se montrer très-difficiles dans l'appréciation des preuves qui tendent à établir l'abandon d'un domicile en France, et l'acquisition d'un domicile en pays étranger, et leurs tendances sur ce point sont clairement indiquées par la jurisprudence. V. Paris, 30 juill. 1811 et 3 juill. 1813; Cass., 14 fév. 1832, S. V., 33, 1, 70; Montpellier, 5 août 1836, S. V., 37, 2, 220; Cass., 17 janv. 1837, S. V., 37, 1, 701.]

[5] Favard, v° *Action*; Cass., 29 mars 1809. [Dans tous les cas, si le changement de domicile opéré pendant une instance n'est pas dénoncé à la partie adverse, toutes significations faites au premier domicile sont valables, Cass., 16 fruct. an XII; Turin, 19 mai 1807; Bruxelles, 25 janv. 1828. — V. encore Bruxelles, 29 juin 1808.]

[6] Maleville, sur l'art. 103.

[7] Dans le projet la section ajoutait : « Le domicile se conservera par la seule intention... » Cass., 1er mars 1826; 14 fév. 1832. [Du reste, il n'est pas nécessaire, aujourd'hui, que la résidence nouvelle ait duré un temps déterminé, un an, six mois, plus ou moins, le Code Napoléon n'ayant pas reproduit l'art. 173 de la Cout. de Paris, aux termes duquel l'habitation devait avoir duré un an et un jour, Toullier, 1, n. 372; Duranton, 1, n. 357; Demolombe, 1, n. 353; Cass., 28 flor. an X; 12 et 21 vend. an XI; Limoges, 1er sept. 1813. — Mais il est à remarquer que si le changement de domicile joint à l'intention produit de suite son effet quant à l'individu lui-même, ce changement n'est opéré à l'égard des tiers qu'autant qu'il s'est écoulé un temps suffisant pour qu'ils en aient connaissance, Rodier, sur l'ord. de 1667, tit. 2, art. 3; Maleville, 1, p. 120; Demolombe, 1, n. 353.]

[8] Paris, 30 juill. 1811 et 3 avril 1812; [Cass., 11 vend. an XIII; 14 fév. 1832, S. V., 33, 1, 70; Toullier, 1, n. 371; Duranton, 1, n. 338; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 2.]

[9] Paris, 25 janv. 1808; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 2.

[10] Bordeaux, 10 août 1811; Limoges, 1er sept. 1813; Cass., 23 janv., 1817; 6 nov. 1832, S. V., 32, 1, 822. [Cependant la déclaration de changement de domicile doit produire effet, bien qu'il y ait eu conservation d'une habitation dans l'ancien domicile, si en même temps et dans la réalité il y a eu habitation dans le nouveau, Cass., 23 janv. 1827. — Et de même celui qui a résidé dans son nou-

La preuve de l'intention résulte de la déclaration expresse faite tant à la municipalité du lieu que l'on veut quitter, qu'à celle du lieu où l'on s'établit, art. 104 [11]. A défaut de déclaration expresse, la preuve de l'intention dépend tant des circonstances au milieu desquelles s'est accompli le choix de l'habitation, que de celles qui en ont accompagné ou suivi la translation [12], art. 105. Dans aucun cas une partie ne peut répudier le domicile qu'elle s'est attribué dans un acte.

De même, lorsqu'après avoir fait la déclaration prescrite par l'art. 104 et transféré sa résidence dans le lieu indiqué, une partie manifeste l'intention de conserver en même temps son précédent domicile, cette prétention doit être repoussée [13].

§ 91. *Des effets du domicile général.*

Le domicile général, légal ou réel, fixe habituellement la compétence des autorités publiques et des officiers ministériels auxquels une personne doit s'adresser pour les actes qu'elle est appelée à faire, ou pour la défense de ses droits, dans la sphère de ses intérêts civils, et qui en même temps peuvent, en cas d'inexécution de ses engagements, être appelés à prêter à des tiers l'appui de la force publique pour assurer cette exécution. C'est ainsi que le domicile général d'une personne détermine le tribunal devant lequel elle doit être assignée en matière personnelle, *forum domicilii*, Pr., art. 2, 59, 68; celui devant lequel devront être portées les contestations relatives à sa succession, *forum hereditatis jacentis*, art. 110, 822; Pr., art. 59; celui qui devra, s'il y a lieu, prononcer son interdiction ou statuer sur son absence, art. 115, 492.

veau domicile le conserve, quoique ensuite il soit retourné dans l'ancien, s'il a conservé un logement dans le nouveau, Besançon, 10 janv. 1828. — Tout cela, on le comprend, dépend des circonstances.]

[11] L'acte qu'une municipalité a délivré sur une pareille déclaration n'enlève pas aux tribunaux le droit d'attribuer à une partie un autre lieu pour celui de son domicile, Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 2. [Il faut que le fait du changement de domicile ait réellement suivi la déclaration, Cass., 6 nov. 1832, S. V., 32, 1, 822; 25 août 1835, S. V., 35, 1, 689; 7 mai 1839, S. V., 39, 1, 681; 8 déc. 1840, S. V., 40, 1, 940.]

[12] Locré et Maleville, sur l'art. 102; Toullier, 1, n. 377; Paris, 13 mai 1809; Cass., 19 mars 1812. — [En général, c'est à celui qui donne une assignation, ou signifie un acte, à s'assurer du domicile de la partie à laquelle il l'adresse, et si cette partie a quitté son domicile, à s'enquérir du domicile nouveau, lequel, s'il n'y a pas eu de déclaration expresse de changement, peut être réputé acquis et connu après six mois de résidence. V. les observ. de Devilleneuve, sur Paris, 10 juin 1811. V. aussi Limoges, 1er sept. 1815.]

[13] Cass., 27 janv. 1827.

CHAPITRE II.

DU DOMICILE SPÉCIAL OU ÉLU.

§ 92. *De l'élection de domicile et de ses effets.*

La loi autorise les parties contractantes à faire, dans l'acte qui reçoit leur convention, élection d'un domicile spécial, pour son exécution; mais l'effet de cette élection s'arrête à la convention qui l'a motivée.

La faculté d'élire un domicile spécial appartient aux deux parties; mais elle peut n'être exercée que par l'une d'elles[1]. L'élection de domicile doit être expresse[2] et consignée soit dans la

[1] Un étranger a capacité pour faire élection de domicile en France pour l'exécution d'un acte, Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 2, n. 3; Paris, 23 therm. an XII. [Sur la capacité nécessaire pour faire une élection de domicile, V. *inf.*, note 6.]

[2] Ainsi il n'y a pas élection de domicile dans la stipulation que le payement aura lieu dans tel ou tel endroit. V. cependant Pr., art. 420; Duranton, 12, n. 100; Cass., 29 oct. 1810. [Il en est autrement en matière commerciale, où l'indication d'un domicile pour le payement emporte élection de domicile attributif de compétence. C'est ce qui résulte de l'art. 420 Pr. V. Massé, 3, n. 59.—Quant à la *constitution* d'un mandataire dans un *lieu*, quel que soit d'ailleurs l'éloignement du mandant, elle n'emporte pas élection de domicile chez ce mandataire, et quelque général que soit d'ailleurs ce mandat. V. Turin, 8 fruct., an XIII; Cass., 3 juill. 1837, S. V., 37, 1, 567; 31 janv. 1838, S. V., 38, 1, 184; 18 mars 1839, S. V., 39, 1, 510; 29 nov. 1843, S. V., 44, 1, 249.—Il en est ainsi alors même que le pouvoir d'élire domicile pour le mandant a été donné au mandataire. *Sic*, Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 5; Delvincourt, 1, p. 82. — *Contrà*, Cass., 24 juin 1806. — Au surplus, il ne faut pas confondre l'élection conventionnelle de domicile avec le domicile spécial qui, pour l'accomplissement des actes relatifs à un certain ordre d'affaires, peut en certains cas résulter d'un concours de circonstances particulières, et qui a tous les effets d'un domicile élu. C'est ainsi que quand un commerçant a plusieurs établissements de commerce, chacun de ces établissements peut être considéré comme un domicile spécial relativement aux affaires qui y sont faites, et c'est devant les juges de ce domicile que ce commerçant peut être actionné. V. Massé, 3, n. 54; V. aussi Cass., 11 fév. 1834, S. V., 35, 1, 475. — De même, si une Société a plusieurs établissements ou succursales, chacun de ces établissements peut être considéré comme une sorte de domicile spécial pour les affaires qui y sont traitées, Massé, 3, n. 55; V. Pardessus, n. 1094; Malepeyre et Jourdain, *Sociétés de com.*, p. 35; Orillard, *Compét.*, n. 601. — Il en est ainsi spécialement en matière de Société d'assurances et d'entreprises de transports, Cass., 15 mai 1844, S. V., 44, 1, 384; 11 juin 1845, S. V., 45, 1, 700; 22 mai 1848, S. V., 48, 1, 328; 21 fév. et 26 nov. 1849, S. V., 50, 1, 44 et 112. Toutefois le contraire a été jugé dans une affaire intéressant une compagnie de chemin de fer, le 15 janv. 1851, S. V., 51, 1, 177; mais dans une espèce où une clause particulière du cahier des charges de la compagnie pouvait justifier cette décision. — Observons d'ailleurs qu'il y a lieu, dans tous les cas, de distinguer entre les demandes qui intéressent les droits généraux de la Société ou sa constitution, et les demandes qui ont pour but l'exécution des engagements particuliers contractés envers les tiers par des agents locaux de la Société : c'est pour ces derniers engagements qu'il peut être question d'un domicile spécial. V. Cass., 4 mars 1845, S. V., 45, 1, 273.]

convention elle-même, soit dans un acte postérieur[3]. Les parties sont libres de faire élection de domicile dans tel lieu qui leur conviendra ; elles doivent seulement désigner en même temps le nom et la demeure d'une personne résidant dans ce lieu, et l'autoriser à recevoir les significations et sommations que les parties auraient à se faire. Cette obligation cesse lorsque l'une des parties élit domicile dans sa demeure ou dans son domicile général[4].

L'élection de domicile se présente sous trois aspects bien distincts. Elle contient l'engagement d'une partie vis-à-vis de l'autre de se soumettre à la juridiction des tribunaux du domicile élu[5] pour l'exécution forcée de la convention en vue de laquelle elle a été faite[6]. Les droits et les obligations résultant de cet engagement passent[7] aux héritiers et représentants des parties, comme tous autres engagements conventionnels[8] ; mais les tiers y restent complétement étrangers[9].—Ajoutons que l'élection de domicile n'a trait qu'à l'exécution forcée de l'obligation[10], et en cas

[3] Delvincourt, sur l'art. 111; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 6.

[4] L'avantage que l'autre partie trouve dans cette stipulation est de déterminer la compétence, malgré le changement de domicile réel de la partie qui a fait l'élection de domicile, et d'attribuer la compétence au tribunal de la résidence quand celui du domicile est éloigné. V. sur ce point, Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 7; Colmar, 5 août 1809; Cass., 24 janv. 1816; Bordeaux, 21 juill. 1838, S. V., 34, 2, 550.

[5] [Sur les effets de cette attribution de compétence, V. *sup.*, § 88, note 8.]

[6] Il faut, dans ce cas, que les parties qui font élection de domicile aient la capacité de contracter un pareil engagement. [Par suite, l'élection de domicile ne peut être valablement faite sans autorisation, par une femme mariée ou par un mineur, Paris, 2 juill. 1830.]

[7] [Activement et passivement.]

[8] Toullier, 1, n. 368; Duranton, 1, n. 381; [Jousse, 1, p. 20; Duparc Poullain, *Principes du droit fr.*, 1, p. 14; Demante, n. 115; Nouguier, 2, p. 399; Carré, n. 273; Chauveau sur Carré, *ibid.*; Commaille, 1, p. 127; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*; Favard, 1, p. 134, n. 10; Boncenne, 2, p. 218; Marcadé, sur l'art. 111; Demolombe, 1, n. 480. — Il n'en serait autrement que s'il résultait soit des clauses de l'acte renfermant l'élection de domicile, soit des circonstances, que l'intention des parties était de restreindre les effets de cette élection aux contractants personnellement. Marcadé, sur l'art. 111. — De même que l'élection de domicile conserve son effet après le décès des parties, de même aussi elle conserve son effet après leur changement d'état, par exemple, après la faillite de celui qui a fait l'élection de domicile, Bourges, 6 mars 1840, S. V., 40. 2, 269; Nouguier, 2, p. 399.]

[9] [Art. 1165; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 7. — Ainsi, le domicile élu par le débiteur, pour l'exécution d'une obligation, n'est pas élu pour recevoir la signification du transport que le créancier aurait faite de cette obligation à un tiers, Duranton, 1, n. 380; Bruxelles, 30 nov. 1809. — Ainsi encore les créanciers d'un donateur ne peuvent se prévaloir de l'élection de domicile faite dans une donation, pour porter devant le tribunal du domicile élu la demande par eux formée à fin de nullité de la donation, comme faite en fraude de leurs droits, Cass., 27 déc. 1843, S. V., 44, 1, 122. — Mais les créanciers peuvent, lorsqu'ils exercent les droits mêmes de leur débiteur, assigner au domicile élu dans le contrat, parce qu'alors ils sont les représentants de celui qui a contracté, Colmar, 5 août 1809; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 8; Marcadé, sur l'art. 111.]

[10] Elle ne détermine pas le lieu où le payement doit s'effectuer, Duranton, 1, n. 377; 12, n. 99; [Richelot, 1, n. 281; Demolombe, 1, n. 378; Cass., 23 nov. 1830; 21 nov. 1836, S. V., 37, 1, 892. — Mais cette règle n'est applicable quant au payement du moins, qu'en m[illegible]ci-

de doute sur le caractère de l'exécution, l'élection de domicile s'interprète d'une manière restrictive, comme constituant une exception à la règle de la juridiction du domicile général [11].

En second lieu, l'élection de domicile implique l'extension de la juridiction qui, en vertu de la loi, ne devait appartenir qu'aux tribunaux de droit commun, aux tribunaux du lieu du domicile réel : *est prorogatio jurisdictionis*. Les tribunaux du lieu du domicile élu sont tenus d'accepter le mandat qui leur a été ainsi déféré et dans les limites de ce mandat l'étendue de leur compétence doit être assimilée à celle des tribunaux de droit commun [12].

En troisième lieu, l'élection de domicile équivaut, du moins habituellement, à un mandat donné à une personne déterminée, de recevoir, au lieu et place des parties, les significations qui sans cela auraient dû être adressées à leur personne ou à leur domicile général [13]: *est mandatum de recipiendis citationibus*. Sous ce dernier rapport l'élection de domicile est aussi *strictissimæ interpretationis*, Arg. art. 1988, 1989 [14].

vile. En matière commerciale, au contraire, on doit toujours présumer que l'élection de domicile dans un lieu, surtout dans les effets de commerce, emporte, dans l'intention des parties, l'obligation d'y demander le payement. V. Massé, 3, n. 59.]

[11] Pigeau, 1, 119; Colmar, 20 mars 1810; Cass., 29 août 1815. Ainsi, par exemple, s'il y a eu élection de domicile pour l'exécution d'une convention, l'action en nullité de cette convention ne doit pas être portée devant le tribunal du domicile élu. [Il faut distinguer : si l'action en nullité est fondée sur une cause qui attaque l'acte dans son essence, par exemple, sur le dol, le tribunal du domicile élu pour l'exécution est incompétent. L'action en nullité constitue une question préjudicielle, qu'il y aurait contradiction à attribuer au juge désigné par le contrat dont l'existence est mise en question, Bordeaux, 21 juill. 1834, S. V., 34, 2, 550; Demolombe, 1, n. 379. — *Contrà*, Montpellier, 4 janv. 1841, S. V., 41, 2, 178; Chauveau et Carré, n. 275. — Si au contraire l'action en nullité n'est pas absolue et ne s'attaque pas à l'acte tout entier, mais seulement à certaines de ses parties, et tend seulement à en modifier l'exécution, le tribunal du domicile élu conserve sa compétence, Cass., 6 avril 1842, S. V., 42, 1, 569; Demolombe, *ibid.* — Enfin s'il s'agit, non d'une demande en nullité proprement dite, mais d'une demande en résolution pour cause d'inexécution des conditions du contrat, par exemple, d'une demande en résolution d'une vente ou d'un bail pour défaut de payement du prix, le juge du domicile élu est encore compétent, puisque la demande est relative à l'exécution même du contrat. Demolombe, *ibid.*]

[12] Delvincourt, 1, 79; 3, 335, [Mais comme on l'a vu plus haut, § 88, n. 8, le demandeur n'est pas, sauf exception, obligé de s'adresser au tribunal du domicile élu.]

[13] Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 11.

[14] [Ainsi le domicile élu pour l'exécution d'une obligation n'est pas élu pour recevoir la signification du transport de cette obligation, Bruxelles, 30 nov. 1809; Duranton, 1, n. 380. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 8; Demolombe, 1, n. 381. — Mais on peut faire au domicile élu la signification du jugement qui condamne le débiteur, puisque cette signification tend à l'exécution, Delvincourt, 1, p. 43, note 2; Valette sur Proudhon, 1, p. 241, n. 4; Richelot, 1, n. 282; Demolombe, 1, n. 380; — *Contrà*, Colmar, 20 mars 1810; Agen, 6 fév. 1810. — Il en est de même si le jugement est par défaut, puisque pour tout ce qui tient ou tend à l'exécution, le domicile élu remplace le domicile réel, Bruxelles, 30 mars 1807. — *Contrà*, Colmar, 17 mai 1828; Chauveau et Carré, n. 1543.]

D'après ce qui précède, on appréciera facilement les conséquences du changement de domicile élu. Ainsi l'une des parties ne peut revenir sur l'élection de domicile dans un certain lieu, ou substituer un lieu nouveau à celui choisi antérieurement[15], à moins que cette élection n'ait été faite que dans son intérêt[16] ; elle peut seulement remplacer, dans le même lieu[17], la personne chez laquelle l'élection de domicile a été faite par une autre personne, et indiquer la demeure de cette personne. Si la personne chez laquelle une partie a fait élection de domicile n'accepte pas, ou si elle revient sur son acceptation, ou si elle décède[18], ou si la mission qu'on lui a donnée s'éteint de quelque autre manière[19], il faut alors faire élection de domicile chez une autre personne dans le même lieu[20]. L'accomplissement de cette obligation est poursuivie devant le tribunal du domicile général[21].

[15] Favard, v° *Domicile*, § 3, n. 2.

[16] Et cela ne se présume pas.

[17] Merlin, *Rép.*, v° *Dom.*, § 2, n. 11; Cass., 19 janv. 1814; [Boncenne, 2, p. 217; Duranton, 1, n. 381; Nouguier, 2, p. 398.]

[18] V. sur la question de savoir si ce mandat cesse par la mort du mandataire, Merlin, *loc. cit.* L'art. 2156 contient une exception aux règles développées dans ce paragraphe : *Exceptio firmat regulam*. [Demolombe, 1, n. 372. — Il faut faire sur ce point une distinction indiquée par Marcadé, sur l'art 111. Si dans la volonté de celui qui a fait l'élection de domicile, cette élection a été faite en considération de la personne chez laquelle le domicile a été établi, il cesse d'exister par la mort de cette personne. Si, au contraire, c'est moins à la personne qu'à telle maison ou à tel établissement qu'on s'est attaché, le domicile continue après la mort de la personne.]

[19] Merlin, *Rép.*, v° *Dom. élu*, § 8. [Jugé que l'élection de domicile faite par un commerçant dans sa maison de commerce continue de subsister, même après l'extinction de la maison commerciale, Bordeaux, 21 juill. 1834, S. V., 34, 2, 550. — C'est là une affaire d'appréciation.]

[20] [Que devient l'élection de domicile, quand celui chez qui un domicile a été élu transporte ailleurs son propre domicile? Si la partie qui a fait élection de domicile a choisi son propre domicile réel, le domicile d'élection continue d'exister au même lieu, même alors qu'elle a transporté ailleurs son domicile réel : ce choix, en effet, n'a eu d'autre but que de rendre le domicile élu indépendant des variations du domicile réel. V. *sup.*, note 4; Marcadé, sur l'art. 111; Merlin, *Rép.*, v° *Domicile élu*, § 2, n. 7; Nouguier, 2, p. 393; Colmar, 5 août 1809; Cass., 24 janv. 1816; Amiens, 30 avril 1829. — Si le domicile a été élu chez un tiers qui vient lui-même à changer de domicile, le domicile élu reste à l'ancien domicile, s'il a été élu en considération du lieu, et non en considération de la personne; mais s'il a été élu en considération de la personne, il ne la suit à son nouveau domicile que si, d'après la distance, il y a lieu de supposer que cette translation du domicile est conforme à l'intention des parties, Marcadé, *ibid.*]

[21] [Selon Demolombe, 1, n. 372, celui dans l'intérêt duquel un domicile a été élu par l'autre partie chez un mandataire révoqué ou décédé, n'est pas tenu de faire condamner cette partie à faire une nouvelle élection de domicile chez une autre personne; et elle peut, tant que cette nouvelle élection de domicile n'a pas été faite et notifiée, faire toutes sommations ou significations à l'ancien domicile élu. — Cette opinion nous paraît préférable.]

TITRE IV.

DES ABSENTS.

Articles 112 à 143.

SOMMAIRE.

PRÉLIMINAIRES.

§ 93. — Définitions.
§ 94. — Principes sur lesquels le Code a fondé la théorie de l'absence.

CHAPITRE Ier. — DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU PATRIMOINE DÉLAISSÉ PAR L'ABSENT.

SECTION Ire. — *De la présomption d'absence.*

§ 95. — Des mesures à prendre dans l'intérêt des absents présumés.
§ 96. — Du retour de l'absent présumé. — Constatation de son décès.

SECTION II. — *De la déclaration d'absence.*

ARTICLE 1er. — *De la déclaration d'absence et de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent.*

§ 97. — De la déclaration d'absence.
§ 98. — De l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent déclaré.
§ 99. — Du droit de l'époux présent de s'opposer à l'envoi en possession provisoire.
§ 100. — Des droits et des obligations des envoyés en possession provisoire.
§ 101. — Du retour de l'absent déclaré. — Constatation de son décès.

ARTICLE 2. — *De l'envoi en possession définitif.*

§ 102. — A quel moment et comment l'envoi en possession définitif a lieu.
§ 103. — Effets de l'envoi en possession définitif.
§ 104. — *Quid*, si personne n'a demandé l'envoi en possession provisoire ou définitif.

CHAPITRE II. — DES DROITS QUI ADVIENNENT A L'ABSENT OU QUI S'OUVRENT A SON PROFIT.

§ 105. — Par qui et sous quelles conditions ces droits peuvent-ils être exercés.

CHAPITRE III. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE ET A LA PUISSANCE PATERNELLE.

PRÉLIMINAIRES.

§ 93. *Définitions.*

Les principes du Code Napoléon dans cette matière sont presque tous nouveaux, et la part faite à l'ancienne jurisprudence est peu considérable [1].

L'absent, dans l'acception la plus étendue du mot, est celui qui n'est pas présent réellement dans un lieu déterminé. — En ce sens l'absence signifie, sous le rapport de ses conséquences juridiques, tantôt la non-présence d'une personne soit au lieu où un droit quelconque doit être exercé activement ou passivement par elle, soit au lieu où un certain acte de la puissance publique peut être exercé contre elle ; tantôt l'éloignement d'une personne de son domicile ou du lieu de sa résidence habituelle [2].

L'absence de la première espèce [c'est-à-dire la non-présence dans un lieu où un droit doit être exercé] produit différentes conséquences juridiques, par exemple :

Lorsqu'une personne n'est présente ni de sa personne, ni par un fondé de pouvoir, au lieu où s'ouvre une succession à son profit, et qu'il y a lieu de procéder à l'apposition des scellés, à leur levée, à l'inventaire et au partage, art. 819, 840; Pr., 928, 942, 943;

Lorsqu'un individu demeure hors du ressort de la Cour impériale dans l'étendue de laquelle est situé un immeuble dont un autre veut acquérir la prescription contre lui, art. 2265 et s.;

[1] [Quelques lois romaines, notamment la loi 8, Dig., *De usuf. leg.*, établissaient comme présomption légale qu'un homme n'est pas présumé vivre plus de cent ans. Partant de là, l'ancien droit adopta d'abord pour règle que jusqu'à cent ans, l'absent devait être présumé vivant, Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, n. 4. — Mais ensuite on reconnut avec raison que cette présomption n'était pas d'accord avec les faits, et on admit cette autre règle beaucoup plus logique, que, jusqu'à ce qu'il se fût écoulé cent ans depuis la naissance de l'absent, il n'était ni présumé vivant ni présumé mort, et que c'était à ceux qui avaient intérêt à ce qu'il fût vivant, à prouver sa vie, comme c'était à ceux qui avaient intérêt à ce qu'il fût mort à prouver son décès, Pothier, *Introd. à la Cout. d'Orléans*, n. 7. — C'est sur cette règle qu'étaient fondées la plupart des dispositions prises en cas d'absence. V. Pothier, *ubi sup.*, n. 57; Merlin, *ubi sup.*, n 16; Rousseaud de la Combe, *Jurisp. civ.*, v° *Absent;* Serpillon, sur l'art. 8, tit. 2 de l'ord. de 1669. — V. aussi l'art. 11, tit. 3 de la loi des 16-24 août 1790; la loi des 28 sept., 6 oct. 1791, tit. 1, sect. 5, art. 1; l'art. 7 de la loi des 29 sept., 16 oct. 1791, et la loi du 22 prair. an V.]

[2] V. pour les différentes acceptions du mot *absence*, Merlin, *Rép.*, v° *Absent ;* de Moly, *Traité des absents*, n. 10.

Lorsque le défendeur, dans une instance civile, ne comparaît pas[3], Pr., art. 149 et s.;

Lorsque dans une instance criminelle celui qui est assigné ne se présente pas[4], I. cr., art. 465.

L'absence de la deuxième espèce, c'est-à-dire l'absence du domicile ou du lieu habituel de résidence, produit certaines conséquences juridiques, bien qu'elle ne soit que momentanée[5]. V. par exemple, Pr.. art. 68.

L'absent, dans une acception plus étroite du mot, est celui qui a disparu de son domicile ou de sa résidence habituelle sans que l'on sache s'il est encore en vie[6]. Il ne sera question ci-après que de cette espèce d'absence, et les mots : *absent*, *absence*, doivent toujours être pris dans leur sens restreint. Cependant les règles prescrites dans l'intérêt de ces absents sont encore applicables aux personnes dont on ignore simplement la résidence actuelle [mais dont l'existence est certaine[7]].

§ 94. *Principes sur lesquels le Code Napoléon a fondé la théorie de l'absence.*

Les principes qui ont servi de point de départ au Code Napo-

[3] Les personnes qui, par rapport à une succession qui s'ouvre pour elles, sont absentes, sont dites *non présentes*. — La partie assignée qui ne se présente pas s'appelle *la partie défaillante*, et le jugement est par défaut.

[4] L'accusé est alors contumax, et la condamnation, par contumace. V. de Moly, n. 782.

[5] V. relativement aux militaires en campagne : 1° les lois des 11 ventôse et 16 fruct. an II. Il y a dissentiment sur le point de savoir si ces deux lois ont été abrogées depuis la paix par les lois du 24 déc. 1814 et du 13 janv. 1817. V. sur cette question, Dalloz, v° *Absent*, n. 724 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 136; Duranton, 1, n. 429 et s. [Le dernier état de la jurisprudence se prononce avec raison pour la non-abrogation. V. Devilleneuve, *Table gén.*, v° *Absent*, n. 268 et s.; Demolombe, 2, n. 341, 345, 351.—A plus forte raison, ces lois n'ont-elles pas été abrogées par le Code Napoléon, V. *ibid.*]; — 2° la loi du 6 brum. an V. V. ci-après § 211, note 2. Cette loi a été abrogée par celle du 14 mars 1816. V. Dalloz, *loc. cit.* [Grenoble, 22 déc. 1824; Troplong, *Prescript.*, 2, n. 708]; — 3° la circulaire du grand-juge du 16 déc. 1806, et la loi du 15 janv. 1817. — V. sur les militaires en campagne et les lois qui s'y rapportent, Talandier, *De l'absence;* [Marcadé, 1, p. 371; Demolombe, 2, n. 337 et s.; Plasman, *De l'absence.*]

[6] [C'est l'incertitude de l'existence d'une personne non présente à son domicile ou à sa résidence connue, qui est constitutive de l'absence dont s'occupe le tit. 4 du Code Napoléon. V. Toullier, 1, n. 385; Duranton, 1, n. 388; Talandier, p. 8 et s.; Plasman, 1, p. 13 et s.; Demolombe, 2, n. 14; Marcadé, 1, p. 252.]

[7] Proudhon, 1, 133. V. aussi ci-après § 96. [Cette opinion est fort contestable, Toullier, 1, n. 385; Duranton, 1, n.388; Talandier, p. 8 et s.; Plasman, 1, p. 13 et s. Les dispositions du Code sur les absents ne s'appliquent directement qu'à ceux dont l'existence est incertaine. Quant aux personnes non présentes dont l'existence est certaine, ces dispositions ne pourraient leur être appliquées que par voie d'analogie, et nous ne croyons pas qu'en cette matière l'analogie soit un motif suffisant d'en étendre la portée. V. cependant Demolombe, 1, n. 18; Marcadé, sur l'art. 112.]

léon en cette matière, et qui doivent diriger dans l'interprétation des dispositions concernant les absents, sont les suivants[1] :

1° La loi a pour objet et pour but de concilier autant que possible l'intérêt de l'absent et celui des personnes présentes et les dispositions du Code sont comme les conditions d'une convention stipulée par le législateur dans l'intérêt de toutes les parties.

2° La loi ne considère l'absent ni comme mort, ni comme vivant ; elle ne voit en lui qu'un homme dont l'existence ou la mort sont également incertaines.— Aussi ne faut-il pas, sous l'influence des souvenirs de l'ancienne jurisprudence française ou des principes du droit commun allemand, admettre qu'à une époque quelconque, ou après un certain délai, le Code considère l'absent comme mort.

3° Les suites juridiques de l'absence varient en raison de la force des présomptions d'existence ou de mort de l'absent ; à mesure que la présomption du décès de l'absent devient plus forte, la faveur de la loi s'attache de plus en plus aux intérêts des personnes présentes.

D'après ces principes la loi distingue dans l'absence trois périodes.

1° Dans les premières années qui suivent la disparition de l'absent ou la réception de ses dernières nouvelles, la loi part de la présomption de l'existence de l'absent. Les règles qu'elle trace pour cette première période tendent toutes à la conservation du patrimoine de l'absent. Cette première période est celle de la présomption d'absence.

2° La présomption d'existence faiblit aux yeux de la loi après un certain nombre d'années, et ce nombre varie suivant que l'absent a laissé ou non un fondé de pouvoir ; car dans ce dernier cas, on est autorisé à croire que l'absent avait lui-même en vue une absence plus longue que dans l'hypothèse contraire. Les personnes présentes et intéressées, les héritiers, etc., sont alors envoyés en possession du patrimoine de l'absent, mais provisoirement, à titre d'administration, et après avoir provoqué et obtenu la déclaration d'absence[2].

[1] V. la discussion, et Locré, sur les art. 112-145. — Le titre du Code sur l'absence introduit un droit nouveau et a été traité par le législateur d'une manière remarquable. [Il a cependant été l'objet de critiques sévères. V. Marcadé, 1, p. 252.]

[2] La langue française n'a que le mot générique *absent* pour désigner les absents dans les diverses phases de l'absence. Il résulte de cette pauvreté une difficulté réelle pour l'intelligence de plusieurs articles, de l'art. 136, par exemple. On ne sait si le législateur, en employant le mot *absents*, parle des absents en général ou seulement des personnes dont l'absence a été déclarée. De Moly divise les absents en *présumés*, *déclarés* et *définitifs*. Cette dernière expression manque évidemment d'exactitude.

3° Enfin, lorsque cette possession provisoire a duré plusieurs années, la loi répute l'absent plutôt mort que vivant. Les intéressés, et notamment les envoyés en possession provisoire, peuvent se faire envoyer en possession définitive des biens de l'absent. Cet envoi leur en confère la propriété ; cependant l'absent ou ses héritiers ont toujours le droit de les revendiquer, à la charge de les reprendre dans l'état où ils les trouveront au moment de la réclamation. On peut, d'après ce qui précède, apprécier l'ensemble de l'édifice élevé par le Code.

CHAPITRE I.

DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX BIENS LAISSÉS PAR L'ABSENT.

SECTION I. — DE LA PRÉSOMPTION D'ABSENCE.

§ 95. *Des mesures à prendre dans l'intérêt des absents présumés.*

Lorsqu'une personne est présumée absente, c'est-à-dire lorsqu'elle a disparu de son domicile ou de sa résidence, ou qu'après les avoir quittés elle ne donne pas de ses nouvelles [1], il faut, pour l'administration de ses biens, rechercher si elle a ou n'a pas laissé un fondé de pouvoir, *mandatarius vel procurator generalis*.

Dans la première hypothèse [2], le fondé de pouvoir conserve l'administration des biens du présumé absent, à moins qu'il ne demande à être déchargé de son mandat ou qu'il n'en remplisse pas convenablement les devoirs. Il y a lieu alors d'appliquer les dispositions relatives au cas où l'absent n'a pas laissé de fondé de pouvoir général [3].

Dans la seconde hypothèse, comme dans le cas où le fondé de pouvoir cesse ses fonctions avant la déclaration d'absence, pour une des causes qui viennent d'être indiquées, le tribunal pourvoit aux mesures nécessitées par l'administration du patrimoine de l'absent. Le tribunal compétent, dans ce cas comme dans celui de

[1] [Le point de savoir quand il y a présomption d'absence est une question de fait qui dépend des circonstances, et qui n'est subordonnée à aucun délai à partir de la disparition ou des dernières nouvelles, sauf toutefois dans le cas prévu par l'art. 142. V. *inf.*, § 106 ; Demolombe, 2, n. 17.]

[2] Locré, sur l'art. 112; de Moly, n. 100; Talandier, p. 52 et s.; Dalloz, v° *Absent*, n. 55; [Demolombe, 2, n. 33. —Il en serait de même si le mandataire n'avait pas des pouvoirs suffisants, Demolombe, 2, n. 32 ; Marcadé, sur l'art. 112 ; — ou bien encore si le mandataire avait des intérêts contraires à ceux de l'absent présumé, Metz, 15 mai 1823; Talandier, p. 53; Demolombe, 2, n. 33.]

[3] Locré, sur l'art. 122.

déclaration d'absence et d'envoi en possession des biens de l'absent déclaré, est le tribunal de première instance dans le ressort duquel le présumé absent avait son domicile, ou, son domicile étant inconnu, sa dernière résidence[4]. Toutefois, dans les cas urgents, ou pour l'exécution des mesures ordonnées par le tribunal du domicile, on peut recourir au tribunal du lieu de l'objet qui nécessite la mesure d'administration : *Judex rei sitæ*[5].

Le droit de provoquer des dispositions de ce genre, les tribunaux ne pouvant agir d'office, appartient à toutes personnes ayant un intérêt juridique, bien que conditionnel et éventuel ; ainsi il appartient non-seulement aux créanciers du présumé absent, mais aussi à ses héritiers[6]. Ce droit appartient encore au procureur impérial, investi du droit et du devoir de veiller aux intérêts des présumés absents[7]. De ce droit et de ce devoir découlent pour

[4] [Même lorsqu'il s'agit de mesures à prendre à l'égard de certains biens situés hors du ressort de ce tribunal, Delvincourt, 1, p. 44 ; Duranton, 2, p. 404 ; Plasman, 1, p. 25 ; Demolombe, 2, n. 20. — *Contrà*, Proudhon, 1, p. 258 ; Toullier, 1, n. 390 ; Talandier, p. 36 ; Marcadé, sur l'art. 112, qui attribuent la compétence pour les mesures à prendre, au tribunal de la situation des biens, tout en décidant que la présomption d'absence doit être constatée par le tribunal du domicile. Cette opinion, qui nécessite deux jugements au lieu d'un et scinde une procédure indivisible dans son objet, ne nous paraît pas devoir être suivie.]

[5] Discussion, et Locré, sur l'art. 112 ; Proudhon, 1, p. 133 ; de Moly, n. 148, 159, 181 ; [Demolombe, 2, n. 20.—De même aussi dans le cas d'instance liée sur comptes, partages ou liquidations, le tribunal saisi est compétent pour nommer un notaire à l'effet de représenter l'absent, de Moly, n. 98.]

[6] L'art. 112 se sert de l'expression : *parties intéressées*, mais sans exiger *un intérêt né et actuel* ; [ce qui comprend les héritiers présomptifs.] Maleville et Delvincourt, sur l'art. 112 ; de Moly, n. 102 et s. ; Talandier, p. 39 et s. ; Favard, vº *Absent*, sect. 1 ; [Plasman, 1, p. 28 ; Demolombe, 2, n. 26] sont de cette opinion. Plusieurs auteurs sont d'une opinion contraire. Ainsi Locré, sur l'art. 112 ; Toullier, 1, 394 et s. ; Duranton, 1, n. 401 et s. ; [Delvincourt, 1, p. 256 ; Merlin, *Rép.*, vº *Absent* ; Marcadé, sur l'art. 112] exigent *un intérêt né et actuel*, [et excluent par conséquent les héritiers qui cependant nous paraissent avoir intérêt à faire administrer les biens dans la possession desquels ils pourront être plus tard envoyés s'il y a lieu de déclarer l'absence.] Les héritiers peuvent d'ailleurs et dans tous les cas s'adresser au procureur impérial. V. Toullier, *loc. cit.*, [et Marcadé, *ibid.* — Quant aux légataires qui ne peuvent être régulièrement connus que par l'ouverture du testament, laquelle ne doit avoir lieu qu'après la déclaration d'absence, art. 123, ils n'ont pas un intérêt *certain*, et dès lors ils ne sont pas compris dans la disposition de l'art 112, Demolombe, 2, n. 27.—Les enfants, comme héritiers présomptifs, le conjoint, à raison de la gestion des intérêts communs, doivent aussi être réputés parties intéressées, Duranton, 1, n. 402 ; Demolombe, 2, n. 26. — Il en est de même des créanciers, soit qu'ils aient une créance exigible ou à terme, soit qu'ils aient un titre exécutoire, Demolombe, *ibid.*]

[7] Locré, sur l'art. 114 ; Proudhon, 1, 180 ; Toullier, 1, n. 308 ; Pailliet, sur l'art. 114 ; Merlin, *Rép.*, vº *Absent*, sur l'art. 114, et vº *Testament*, sect. 5, § 2 ; Duranton, 1, n. 398 ; Talandier, p. 82 et s., 95 et s. ; [Demante, *Encycl. du dr.*, vº *Absent*, n. 48 ; Ortolan, *Du minist. public*, 1, p. 153 et s. ; Demolombe, 2, n. 29 ; Cass., 8 avril 1812 ;] Metz, 15 mars 1823. — De Moly, n. 120 et s., est sur ce point d'une opinion contraire. Suivant lui, le procureur impérial n'a que le droit de donner ses conclusions dans les affaires concernant les absents, et il se fonde sur l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, d'après lequel le ministère public n'aurait la voie d'action ou d'appel que dans certains cas spéciale-

lui l'obligation, non-seulement de donner ses conclusions dans les affaires concernant un absent, mais encore d'introduire, par voie d'action, devant le tribunal, toutes les demandes exigées pour la conservation de ses intérêts [8], art. 114 ; Pr., art. 83.

Dans toute demande de ce genre, qu'elle soit introduite par les parties intéressées ou par le ministère public, l'opportunité et le choix des mesures à prendre pour l'administration des biens de l'absent sont laissés, en général, au pouvoir discrétionnaire du tribunal qui doit, sous ce rapport, se décider par l'intérêt des absents et des tiers, des créanciers, par exemple [9]. Sauf les cas d'urgence, il évitera les mesures de nature à grever l'absent de nouvelles obligations ou à modifier d'une manière notable l'économie de son patrimoine [10]. Aussi, quoique le tribunal soit autorisé à donner un curateur à l'absent, il n'usera de ce droit qu'exceptionnellement, en ne perdant pas de vue qu'un curateur de ce genre doit être assimilé à un *tutor quoad patrimonium*, et que, par suite, ses actes obligeraient l'absent [11]. V. art. 112.

Le Code de procédure détermine par son art. 859 la marche à suivre sur les demandes relatives à l'administration des biens de l'absent [12].

ment prévus par la loi. V. art. 116, 819; Pr., art. 930. La rédaction de l'art. 114 semble repousser cette opinion. V. Pr., art. 69. § 8. Les art. 116 et 819, et l'art. 930 sont des conséquences d'un principe général. Du reste, l'intérêt de l'absent condamne la doctrine de M. de Moly.

[8] [Les auteurs cités dans la note qui précède semblent aussi aller jusqu'à accorder au ministère public le droit d'exercer les actions qui appartiennent à l'absent présumé. Mais c'est là exagérer la portée de l'art. 114, qui, s'il accorde au ministère public un droit de surveillance d'où l'on peut induire le droit de requérir les mesures rendues nécessaires par la présomption d'absence, ne lui accorde pas le droit de représenter l'absent et d'agir en son lieu et place, Demolombe, 2, n. 30.]

[9] Toullier, 1, 389; [Demolombe, 2, n. 31 et s.]

[10] V. la discussion et les motifs; Locré, sur l'art. 112; et Duranton, 1, n. 392 et s.

[11] V. sur la *cura absentis*, l'ord. de 1667, tit. 8, art. 2; Duranton, 1, n. 400; Talandier, p. 62 et s. [Nous inclinerions, au contraire, à penser que dans la plupart des cas il y a lieu de nommer un curateur ou administrateur à l'absent présumé, sauf à étendre ou à limiter les pouvoirs de cet administrateur selon les circonstances. Il faut bien avoir recours à un administrateur toutes les fois qu'il y a un acte d'administration à faire dans l'intérêt de l'absent, à moins de donner au ministère public le droit de le représenter et d'agir pour lui, ce qui, comme nous l'avons déjà dit, ne nous semble pas admissible. V. *sup.* note 8. Les pouvoirs de l'administrateur ne seraient généraux que s'ils n'avaient pas été limités par le jugement qui le nomme, et, dans ce cas, il représenterait l'absent, tant en jugement que hors jugement, et dans tous les degrés de juridiction, Demante, n. 51; Cass., 25 août 1813.—Les débiteurs de l'absent, poursuivis par l'administrateur nommé par justice, n'ont pas le droit de quereller cette nomination, Bruxelles, 3 juin 1819; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 112, n. 2. — Le curateur nommé à un absent étranger par un tribunal étranger peut, sans avoir préalablement fait déclarer exécutoire en France le jugement qui contient sa nomination, procéder par exécution en France contre un débiteur obligé envers l'absent par un acte exécutoire en France, Douai, 20 juin 1820; Merlin, *ibid.*, n. 3.]

[12] V. Pigeau, 2, n. 134; de Moly, n. 161.

Lorsqu'un présumé absent est intéressé comme héritier [13] dans des inventaires, comptes, partages et liquidations, le tribunal doit, s'il n'a pas laissé de fondé de pouvoir [14], et sur la réquisition de la partie la plus diligente [15], nommer un notaire [16] pour le représenter, mais seulement jusqu'à la fin de l'affaire et pour sauvegarder ses intérêts [17], art. 113.

§ 96. *Du retour de l'absent présumé ; constatation de son décès.*

L'absent qui reparaît avant la déclaration d'absence rentre immédiatement dans l'administration de ses biens, mais à la charge de respecter ce qui a été fait régulièrement, et par suite des mesures prescrites par le tribunal [1]. Il en est de même lorsque l'absent donne de ses nouvelles, à moins qu'il ne soit nécessaire de continuer provisoirement les mesures d'administration de ses

[On peut avoir recours, pour établir l'absence, aux enquêtes, aux actes de notoriété, Pigeau, *loc. cit.*; Plasman, 1, p. 15 et s. ; Demolombe, 2, n. 21.]

[13] De Moly, n. 96, et ci-après, § 105. [Ou comme associé ou communiste, de Moly, p. 43; Plasman, 1, p. 61 ; Marcadé, sur l'art. 113; Demolombe, 2, n. 40.--*Contrà*, Locré, 2, p. 325; Toullier, 1, n. 392 ;—ou lorsqu'il s'agit d'un droit ouvert au profit de l'absent avant sa disparition. Sur les droits ouverts depuis, V. *inf.*, § 105.]

[14] Un *procurator generalis vel ad hoc negotium*, de Moly, n. 99; [Talandier, p. 52; Demante, n. 57; Bruxelles, 13 mai 1817; à moins cependant qu'il n'y eût opposition d'intérêts entre l'absent et son mandataire, Metz, 15 mars 1823. —La nomination d'un administrateur ou d'un curateur par le tribunal, en exécution de l'art. 112, équivaut-elle, dans le cas spécial, à la constitution d'un mandataire par l'absent? Il faut distinguer : si le curateur ou l'administrateur nommés par justice sont investis de pouvoirs généraux et illimités, il n'y a pas lieu à prendre des mesures particulières pour les comptes, liquidations ou partages dans lesquels l'absent est intéressé; mais il en est autrement si le curateur ou l'administrateur ont des pouvoirs spéciaux et limités. Selon Demolombe, 2, n. 40, le curateur ou l'administrateur ne peuvent jamais représenter l'absent dans les inventaires, comptes, partages et liquidations.]

[15] Toutes les personnes nommées dans l'art. 112 ont capacité pour provoquer cette nomination, de Moly, n. 180.

[16] [Il faut nommer autant de notaires qu'il y a d'absents ayant des intérêts opposés, Toullier, 1, n. 307 ; Talandier, p. 73; Demolombe, 2, n. 42.]

[17] Ainsi, par exemple, le notaire qui est présent non comme notaire, mais comme représentant de l'absent, et qui, par suite, est incapable d'instrumenter comme notaire, Favard, v° *Absent*, sect. 1; [Talandier, p. 75; Delvincourt, p. 257; Duranton, 1, n. 395; Proudhon, 1, n. 260 ; Plasman, 1, p. 57 ; Demolombe, 2, n. 44 ; Marcadé, sur l'art. 113] ne peut provoquer un partage, [Bruxelles, 8 avril 1813; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 113 ; Vazeille, sur l'art. 817.—*Contrà*, Delvincourt, 1, p. 257 ; — à moins cependant qu'il n'y ait été judiciairement autorisé, Demolombe, 2, n. 43 ; Marcadé, sur l'art. 113.—Mais il pourrait défendre à l'action en partage, Demolombe, *ibid.* —*Contrà*, Chabot, sur l'art. 817, n. 8 ; Poujol, *ibid.*, n. 5.] Il ne pourrait non plus adhérer au partage demandé par une autre partie. [C'est-à-dire que le notaire ne peut ni transiger, ni compromettre, ni rien abandonner, et que le partage doit être fait dans les formes judiciaires, Duranton, 1, n. 395; Demolombe, 2, n. 43.] — Il ne faut pas confondre ce notaire avec celui dont il est question aux articles 931 et 942 Pr., [et qui est appelé à représenter les non présents à la levée des scellés et à l'inventaire.]

[1] L'absent ne jouit pas comme tel du bénéfice de la restitution en entier.

biens, comme, par exemple, dans le cas où le lieu de sa résidence actuelle reste inconnu, art. 131.

Lorsque l'absent décède avant la déclaration d'absence, et que ce décès est établi, sa succession s'ouvre au profit de ses héritiers les plus proches ou de ses successeurs, au jour de son décès, art. 130[2].

SECTION II. — DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE.

ARTICLE 1er. — DE LA DÉCLARATION D'ABSENCE ET DE L'ENVOI EN POSSESSION PROVISOIRE DES BIENS DE L'ABSENT.

§ 97. *De la déclaration d'absence.*

Après un certain nombre d'années, le présumé absent peut être déclaré absent par le tribunal compétent[1], sur la demande des parties intéressées. V. art. 115-119, 121.

Le nombre d'années varie suivant que l'absent a laissé ou n'a pas laissé un fondé de pouvoirs général[2]. Dans le premier cas, la déclaration d'absence peut être demandée après dix ans; dans le second cas, après quatre ans. Ce délai court, dans les deux cas, du moment de la disparition de l'absent ou des dernières nouvelles reçues de lui, directement ou indirectement[3]. Dans le premier cas, c'est-à-dire dans celui où il a été laissé un pouvoir, le délai de dix ans reste le même, soit que ce pouvoir [donné pour plus de dix ans ou pour un temps indéterminé] s'é-

[2] [V. sur ces différents points *inf.*, § 100 et s.]

[1] V. de Moly, n. 284; [Demolombe, 2, n. 58; Marcadé, sur l'art. 115; Demante, n. 63], et ci-dessus, § 95. — Des dispositions particulières règlent la déclaration d'absence des militaires de l'armée de terre et de mer, qui ont disparu du 21 avril 1792 au 20 nov. 1815. V. circ. du min. de la just. du 16 déc. 1806, et la loi du 13 janv. 1817.

[2] Plusieurs auteurs pensent que les termes de l'art. 121 ne s'appliquent qu'à un fondé de pouvoir général. V. dans ce sens Delvincourt, sur l'art. 121; [Plasman, p. 198.] D'autres les étendent même à un fondé de pouvoir spécial. V. dans ce sens de Moly, n. 100; [Talandier, p. 104; Toullier, 1, n. 424. — D'autres enfin, s'attachant à cette considération que le législateur n'a dû avoir en vue dans l'art. 121, qu'une procuration manifestant une intention d'absence ou d'éloignement pendant un temps plus ou moins long, pensent qu'il y a lieu d'appliquer cet article à une procuration spéciale, dans tous les cas où, à raison des circonstances, elle est de nature à faire présumer cette intention, Duranton, 1, n. 412; Demolombe, 2, n. 54. Telle est aussi notre opinion.]

[3] Le point de départ est déterminé non par la date des dernières nouvelles, mais par la date de leur arrivée. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'art. 115, Delvincourt, sur l'art. 115; [de Moly, n. 47; Duranton, 1, n. 414; Plasman, 1, p. 97. — Nous pensons au contraire que c'est à la date des nouvelles qu'il faut s'attacher, et non à l'époque de leur réception: si une lettre prouve l'existence de celui qui l'a écrite, au jour même où elle a été écrite, elle ne prouve pas qu'il existe encore le jour où la lettre est reçue, Demante, n. 66; Valette sur Proudhon, 1, p. 272; Marcadé, sur l'art. 115; Demolombe, 2, n. 57.]

teigne avant les dix ans, soit qu'il s'étende au delà de ce terme [4], art. 122.

Dans ces deux cas, la déclaration d'absence peut être provoquée par tous ceux qui, à un titre quelconque, ont un intérêt juridique à cette déclaration [5]. Elle peut l'être, par exemple, par tout héritier [6], sans qu'il soit obligé de prouver qu'il est l'héritier le plus proche [7]. Le ministère public n'est pas recevable à provoquer la déclaration d'absence, arg. art. 114 [8]. Cette provocation n'est pour personne une obligation [9].

La demande est présentée au tribunal sur requête, avec les

[4] Maleville, sur l'art. 121; Locré, sur l'art. 122; de Moly, n. 225; [Toullier, 1, n. 424; Duranton, 1, n. 415; Valette sur Proudhon, p. 273; Demolombe, 2, n. 56.] Si la procuration est donnée pour moins de dix ans, le *délai* de quatre ans commence à courir à l'expiration du temps pour lequel la procuration a été donnée. V. de Moly, n. 225; Duranton, 1, n. 413. [Cette opinion ne nous paraît pas admissible, et est contraire au texte de l'art. 122, qui étend le délai de dix ans au cas où la procuration vient à *cesser*, sans distinguer entre le cas où elle cesse par l'expiration des pouvoirs du mandataire et celui où elle cesse par la mort ou la démission du mandataire; et qui, dans tous les cas, fait partir le délai du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, Marcadé, sur l'art. 121; Demolombe, 2, n. 55.]

[5] Sur le point de savoir quelles sont les *parties intéressées* dans le sens de l'art. 115, il s'élève trois opinions. D'après la première, il ne s'agirait que des héritiers présomptifs et de l'époux. V. dans ce sens Locré, sur l'art. 115. D'après la seconde, ces expressions devraient être prises dans leur acception la plus étendue, et embrasser même les créanciers absents. V. dans ce sens de Moly, n. 262 et s; Talandier, p. 117; [Plasman, 1, 128 et s.] Enfin, suivant la troisième opinion, il faut comprendre parmi les parties intéressées : 1° les héritiers présomptifs; 2° l'époux; 3° les personnes mentionnées dans l'art. 123. V. dans ce sens Delvincourt, sur l'art. 115; Proudhon, 1, p. 143; Duranton, 1, n. 415; Toullier, 1, n. 399; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 115; [Demolombe, 2, n. 57. — La première opinion est trop étroite, d'autres que les héritiers présomptifs pouvant avoir intérêt à la déclaration d'absence qui est le préliminaire de l'envoi en possession des biens. La seconde est trop large, en ce qu'elle admet les créanciers qui, s'ils ont intérêt aux mesures prescrites par l'art. 112, n'en ont aucun à la déclaration d'absence; la dernière mérite donc la préférence. — Les légataires peuvent-ils poursuivre la déclaration d'absence? Non, puisque le testament qui les institue et qui sert de base à leur intérêt ne peut être ouvert qu'après la déclaration d'absence. — *Contrà*, Demolombe, 2, n. 60. Cependant s'il arrivait qu'avant la déclaration d'absence le testament fût connu, par exemple, s'il était déposé ouvert dans les mains soit du légataire, soit d'un tiers qui en ferait la production, le légataire pourrait demander la déclaration d'absence.]

[6] Mais dans le cas de concours de plusieurs héritiers, l'héritier le plus proche doit être préféré à un héritier plus éloigné, Locré, sur l'art. 115. *Remotioris hæredis tum non interest.*

[7] [Dans le cas, bien entendu, où sa qualité d'héritier présomptif, c'est-à-dire d'héritier le plus proche, n'est pas contestée. — Il est à remarquer de plus que l'action appartient non aux héritiers présomptifs, au jour de la demande, mais aux héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, ou à leurs représentants, arg. de l'art. 120; Marcadé, sur l'art. 115. — Si donc l'héritier plus proche intervient sur la demande en déclaration d'absence, il doit être subrogé dans la poursuite, Talandier, p. 118.]

[8] [Demante, n. 51; Duranton, 1, n. 420 *bis*; Valette sur Proudhon, p. 271; Demolombe, 2, n. 62. Le ministère public ne peut agir que dans l'intérêt de l'absent, et ce n'est pas dans l'intérêt de l'absent que la déclaration d'absence est demandée.]

[9] Ainsi, par exemple, un héritier ne peut contraindre un autre héritier à se joindre à l'instance.

pièces justificatives, Pr., art. 860[10]. Le président commet un juge qui en fait le rapport ; et, sur les conclusions du procureur impérial, le tribunal ordonne, à moins que la demande ne lui paraisse de suite mal fondée[11], qu'une enquête sera faite dans l'arrondissement du domicile de l'absent et dans celui de sa dernière résidence, s'ils sont distincts l'un de l'autre[12]. Le but de cette enquête est de constater le fait de l'absence et ses causes[13]. L'instance est suivie contradictoirement avec le ministère public[14]. S'il résulte des pièces produites ou des dépositions des témoins que l'on n'a reçu aucunes nouvelles du présumé absent, et qu'il n'y a pas lieu d'en attendre, le tribunal prononce la déclaration d'absence. Toutefois le jugement de déclaration d'absence ne peut être rendu qu'un an après le jugement qui a ordonné l'enquête. Le procureur impérial doit, dans toute procédure de ce genre, transmettre au ministère de la justice chargé de leur publication le jugement qui ordonne l'enquête et le jugement déclaratif d'absence. La publication a lieu habituellement[15] dans le *Moniteur*, art. 118.

§ 98. *De l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent déclaré.*

Les personnes qui, au moment de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles[1], étaient ses héritiers ou ses succes-

[10] Pigeau, 2, p. 339; de Moly, n. 293 et s.

[11] [Demolombe, 2, n. 63; Marcadé, sur l'art. 116.]

[12] L'enquête devrait être ordonnée même dans le cas où les faits à établir paraîtraient résulter des pièces produites, [Demolombe, 2, n. 63; Marcadé, sur l'art. 116.] Les père et mère, les héritiers et les domestiques de l'absent peuvent être entendus comme témoins, Locré et Delvincourt, sur l'art. 115; de Moly, n. 314; [Toullier, 1, n. 402; Duranton, 1, n. 423; Plasman, 1, p. 106; Demolombe, 2, n. 66. — Néanmoins l'héritier qui poursuit la déclaration d'absence ne peut être entendu comme témoin, puisqu'il est partie, Proudhon, 1, p. 275. — *Contrà*, Valette sur Poudhon, *ibid.*; Demolombe, 2, n. 66.— L'enquête ne peut se faire sommairement et à l'audience; elle doit avoir lieu dans la forme ordinaire, Bruxelles, 16 therm. an XII; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, art. 116; Talandier, p. 123; Toullier, 1, p. 315; Duranton, 1, n. 423; Plasman, p. 101; Demolombe, 2, n. 65.]

[13] Delvincourt, sur l'art. 116; Toullier, 1, n. 403; Duranton, 1, n. 423.

[14] De Moly, n. 333; [Demolombe, 2, n. 64; Marcadé, sur l'art. 116.]

[15] *Ordinairement*, mais non *nécessairement*. Le mode de publication est laissé à la disposition du ministre, Locré, sur l'art. 118.

[1] Ce n'est plus le cas (comme ci-dessus, § 97, note 3) de prendre comme point de départ la date de la réception des nouvelles; il faut s'en référer à la date des nouvelles elles-mêmes, arg., art. 135. Aussi les art. 120 et 121 sont rédigés autrement que l'art. 115; ils parlent du jour des dernières nouvelles. V. la discussion, et Locré, sur l'art. 120. [Il faut se référer à la date des dernières nouvelles, et non à la date de leur réception, dans le cas de l'art. 115 comme dans le cas de l'art. 120. V. le § qui précède, note 3.—Le droit des héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles l'emporte même sur le droit des enfants nés depuis ces dernières nouvelles et inscrits sur les registres de l'état civil comme nés du mariage de l'absent, Cass., 3 déc. 1834, S. V., 35, 1, 230; Toullier, 1, n. 422; Duranton, 1, n. 439.]

seurs[2] les plus proches[3], sont autorisées à s'adresser au tribunal pour se faire envoyer en possession provisoire des biens de l'absent[4]. Si les héritiers ou les successeurs présomptifs de l'absent, ou l'un d'eux, viennent à mourir pendant l'instance, leurs héritiers ou successeurs présomptifs les remplacent[5]. La demande d'envoi en possession provisoire peut être jointe[6] à la demande en déclaration d'absence, ou être présentée postérieurement à la déclaration d'absence en vertu du jugement qui l'a prononcée. L'envoi en possession provisoire a lieu dès lors ou par le jugement de déclaration d'absence ou par un jugement postérieur[7], mais à la charge, dans les deux cas, par l'envoyé en possession de donner caution pour la sûreté de l'administration des biens de l'absent déclaré[8], art. 120, 121; Pr., 517 et s. Ce jugement d'envoi en pos-

[2] Art. 140, 756 et s.; 767 et s.—Il ne faut pas interpréter l'art. 140 en ce sens que si l'absent ne laisse pas de parents légitimes, son conjoint a seul ou de préférence à tous les autres héritiers le droit de demander l'envoi en possession, Favard, v° *Absence*, sect. 3. [Le conjoint ne peut obtenir l'envoi en possession que s'il n'y a pas d'enfants naturels qui le demandent, et qui précèdent le conjoint dans l'ordre de succession établi par les art. 756, 767 et s.; Marcadé, sur l'art. 140; Demolombe, 2, n. 71.]

[3] L'héritier qui se présente n'est tenu qu'à justifier de sa qualité d'héritier; il n'est pas obligé d'établir qu'il est l'héritier le plus proche, à moins qu'il ne soit en concours avec un autre héritier, Locré, sur les art. 120 et 126; de Moly, n. 413. [Il suit de là que les héritiers présomptifs ne sont pas saisis de plein droit. L'héritier présomptif qui ne se présente pas est présumé renoncer à son droit qui se trouve dévolu au plus diligent, Demolombe, 2, n. 77.]

[4] [Si les héritiers présomptifs n'agissent pas, leurs créanciers peuvent, en exerçant leurs droits, agir en leur lieu et place, non pour se faire attribuer à chacun une portion des biens de l'absent égale ou proportionnelle au montant de leur créance, mais pour se faire attribuer collectivement la part afférente à leur débiteur, à la charge de remplir toutes les obligations qui auraient été imposées à ce débiteur, s'il eût exercé son droit, Demolombe, 2, n. 78; V. Metz, 7 août 1823; Demante, *Encycl.*, p. 53; Plasman, 2, p. 295 et 301. — Le cessionnaire des droits de l'héritier présomptif peut également agir en son lieu et place, Bordeaux, 21 juin 1838, S. V., 38, 2, 413. — Le nu-propriétaire peut aussi, en cas d'absence de l'usufruitier, se faire envoyer en possession des biens soumis à l'usufruit, Duranton, 4, n. 649.]

[5] Proudhon, 1, 154; Duranton, 1, 439; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 120; [Toullier, 4, n. 73; Talandier, p. 178; Delvincourt, 1, p. 106]; Riom, 27 floréal an IX; Paris, 11 févr. 1813; [Colmar, 12 août 1814.] Le patrimoine de l'absent est, sous ce rapport, assimilé à une succession qui se serait ouverte au profit de ces héritiers ou successeurs présomptifs les plus proches au moment de sa disparition.

[6] Duranton, 1, 441; de Moly, n. 242; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 120; Favard, v° *Absent*, sect. 3; [Toullier, 1, n. 426; Talandier, p. 140; Plasman, p. 175; Demolombe, 2, n. 79; Chauveau et Carré, n. 2908]; Cass., 17 nov. 1808. — Locré, sur l'art. 120, est d'une opinion contraire. Dans la pratique, l'envoi en possession est ordonné par le jugement qui déclare l'absence. — [Il est à remarquer que, malgré la rédaction ambiguë de l'art. 120, l'envoi en possession doit être prononcé dès qu'il y a déclaration d'absence, alors même que l'absent a laissé un fondé de pouvoir. L'existence d'une procuration n'influe que sur le délai après lequel l'absence peut être déclarée, Marcadé, sur l'art. 120.]

[7] V. pour la procédure à suivre dans ce cas, l'art. 860 Pr.; de Moly, n. 401 et s. — C'est cet envoi et non la déclaration d'absence qui fait cesser l'administration provisoire des biens de l'absent, Cass., 18 mars 1829; [Demolombe, 2, n. 80.]

[8] Tout héritier, même l'enfant de l'absent, doit fournir cette caution, Agen, 10

session provisoire ne confère pas un droit exclusif au profit de celui ou de ceux qui l'ont obtenu : les héritiers ou successeurs de l'absent, qui ont le droit de venir à sa succession en concours avec les personnes envoyées en possession provisoire ou de préférence à elles, sont fondés à réclamer ce droit de concours ou de préférence, *veluti per hæreditatis petitionem utilem*, aussi longtemps qu'on ne peut pas leur opposer l'exception de prescription [9]. V. § 100.

Dès que les héritiers ou successeurs de l'absent sont envoyés en possession provisoire de ses biens, toutes les personnes ayant sur ces biens un droit dont l'exercice est subordonné à son décès, peuvent le revendiquer [10], en agissant contre les héritiers ou successeurs envoyés en possession provisoire [11]. De ce nombre sont les légataires, art. 1002; les donataires à cause de mort, art. 1082-1084, 1093; les donateurs sous condition de retour [12], art. 952 et s.;

avril 1822; [Toullier, 1, n. 426; Demolombe, 2, n. 91. — La caution est exigée, bien que la disparition de l'absent ou les dernières nouvelles remontent à une époque où la législation n'imposait pas cette obligation à l'héritier, Rouen, 7 déc. 1840, S. V., 41, 2, 209. — Du reste, l'obligation de fournir caution n'existe réellement que lorsque l'envoyé en possession veut entrer en possession effective, et non quand il se borne à demander le partage de biens dans lesquels l'absent a des droits, Bourges, 26 avril 1843, S. V., 44, 2, 23. — La caution est reçue par le tribunal, Pr., 517; Demolombe, 2, n. 92; Marcadé, sur l'art. 120. — Lorsqu'elle a été reçue, les débiteurs d'un absent poursuivis par les héritiers envoyés en possession de ses biens sont sans qualité pour opposer l'insuffisance du cautionnement fourni par ses héritiers, Douai, 5 mai 1836, S. V., 36, 2, 428.] *Quid*, dans le cas où les héritiers ne peuvent fournir de caution ? D'après Merlin, *loc. cit.*, le jugement reste sans effet. [V. dans le même sens, Plasman, 1, p. 194. Selon Demolombe, 2, n. 93, dont l'opinion nous paraît devoir être suivie, il y a lieu d'assimiler l'envoyé en possession à un usufruitier, et, s'il ne peut fournir caution, de donner les biens à ferme ou de les mettre en séquestre. — Il est bien évident d'ailleurs que l'envoyé en possession peut, au lieu de fournir caution, donner en nantissement un gage mobilier ou immobilier, art. 2041; Duranton, 1, n. 473; Demolombe, *ibid.*] V. Locré, sur l'art. 120.

[9] Locré, sur l'art. 129; Merlin, *Rép.*, vº *Absent*, sur l'art. 120; [Talandier, p. 181; Plasman, p. 253; Marcadé, sur l'art. 120.] V. cependant ci-après, § 105, [en ce qui touche les enfants ou descendants de l'absent.] La demande est dirigée contre l'envoyé en possession, Cass., 24 nov. 1811, [sans qu'il soit nécessaire de se pourvoir par tierce opposition contre le jugement qui a déjà prononcé l'envoi en possession au profit de celui contre qui la demande est dirigée, Cass., 3 déc. 1834, S. V., 35, 1, 250.]

[10] La *possession provisoire*, dans le sens le plus large, art. 125, 128, 151, comprend : 1º la possession provisoire des héritiers et successeurs présomptifs, art. 120 et 121; 2º l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, art. 123; 3º l'administration légale du conjoint, art. 124. — L'expression : *administration légale*, dont se sert l'art. 127, est cependant quelquefois opposée à l'exercice provisoire des droits des héritiers ou autres.

[11] Aix, 8 juill. 1807, [et Bordeaux, 21 août 1813. Ces arrêts décident que les droits subordonnés au décès de l'absent ne peuvent être exercés que lorsqu'il y a eu envoi en possession de l'héritier. C'est une erreur; V. ce § *in fine*. Seulement quand il y a eu envoi en possession, les demandes des intéressés doivent nécessairement être formées contre l'envoyé.]

[12] [Nancy, 31 janv. 1833, S. V., 34, 2, 603.]

l'époux survivant à raison des avantages qui lui ont été assurés pour le cas de survie [13], mais à la charge de donner caution. C'est aussi à ce moment [14] que le testament de l'absent, s'il en existe un, doit être ouvert à la réquisition des parties intéressées ou du ministère public, art. 123.

A défaut par les héritiers ou successeurs de se faire envoyer en possession provisoire, les parties intéressées à revendiquer des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, peuvent s'adresser directement au tribunal [15]. V. § 100.

§ 99. *Du droit de l'époux présent de s'opposer à l'envoi en possession provisoire.*

Le conjoint présent, mari ou femme [1], peut, dans le cas de communauté de biens [2], empêcher [3] l'envoi en possession provisoire et l'exercice provisoire des droits subordonnés à la condition du décès de l'absent, s'il opte pour la continuation de la communauté. L'époux présent prend alors [si c'est la femme] ou conserve [si c'est le mari] l'administration des biens de l'absent.

Il y a cependant dans ce cas une distinction à faire. Si l'époux présent est le mari et s'il se prononce pour la continuation de la communauté, il conserve tous les droits qu'il avait comme chef

[13] Orléans, 25 juin 1835, S. V., 35, 2, 355.

[14] Dalloz, v° *Absent*, sect. 3. Dans les cas extraordinaires, lorsque, par exemple, l'absent ne laisse aucun héritier connu, l'ouverture du testament a lieu plus tôt.

[15] [Il ne peut dépendre, en effet, des héritiers qui négligent ou refusent de demander l'envoi en possession, de paralyser l'exercice des droits subordonnés au décès de l'absent, Merlin, *Rép.*. v° *Absent*, art. 123, n. 3; Duranton, 1, n. 420; Delvincourt, 1, p. 92; de Moly, p. 235; Plasman, p. 140; Demante, n. 77 et 78; Talandier, p. 146; Demolombe, 2, n. 74. — *Contrà*, Toullier, 1, n. 433; Pigeau, 2, p. 373. — Il en serait ainsi lors même qu'il s'agirait d'un légataire tenu de demander la délivrance. — *Contrà* Proudhon et Valette, 1, p. 295 et s. — Mais tous ceux qui ont des droits subordonnés au décès de l'absent ne peuvent les exercer qu'après avoir mis les héritiers en demeure de se faire envoyer en possession, Duranton, 1, n. 420: Demante, v° *Absent*, n. 77 et 78; Proudhon et Valette, 1, n. 295 et s.; Demolombe, 2, n. 75.]

[1] Le mari ou la femme. De là ces expressions de l'art. 124 : *Prendre ou conserver*, Locré, sur cet article.

[2] Le principe s'applique non-seulement à la communauté légale, mais aussi à la communauté conventionnelle et notamment à la communauté d'acquêts. La seule communauté qui pourrait ne pas déterminer purement et simplement l'application de l'art. 124 serait la communauté de biens restreinte à un seul objet, Toullier, 1, n. 467; Duranton, 1, n. 450; Bellot des Minières, *Traité du contr. de mar.*, 2, p. 23; [de Moly, n. 561; Plasman, 1, n. 275; Demolombe, 2, n. 276; Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, 1, n. 742.] Par contre, ce principe ne concerne pas les cas dans lesquels il n'y a pas eu de communauté entre les époux, [Duranton, 1, n. 451 et 452; Plasman, p. 289.]

[3] Le conjoint n'est donc pas tenu de subordonner l'exercice de ses droits à la demande d'envoi en possession provisoire des héritiers, Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 124. [Il suffit que l'absence soit déclarée.]

de la communauté sur tous les biens qui la composent[4]; mais quant aux biens propres de la femme, il n'a, d'une part, que les droits d'un envoyé en possession provisoire[5], et, d'autre part, il est tenu de toutes les obligations imposées à cette possession, § 100. Ainsi, par exemple, il est tenu de faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de la femme[6], art. 126, § 1.

Si l'époux présent est la femme, et si elle se prononce pour la continuation de la communauté, elle n'a que les droits et est soumise à toutes les obligations, notamment en ce qui concerne l'inventaire[7], d'un envoyé en possession provisoire[8], et pour les biens personnels de son mari et aussi pour ceux de la communauté : le mari en demeure le chef. Les obligations qui, dans ce cas, pèsent sur la femme n'altèrent en rien les droits qu'elle aurait sur les biens de la communauté, si son mari n'était pas absent. Comme femme mariée, la femme de l'absent a besoin, même dans cette position et pour tous les actes qui excèdent les limites de l'administration des biens de la communauté, de l'autorisation de la justice[9]; mais ni elle, ni le mari ne sont tenus, pour l'administration des biens de la communauté et celle des biens propres du conjoint absent, de donner caution[10], arg. art. 124.

[4] [Par suite, il conserve le droit d'aliéner les immeubles de la communauté et de les hypothéquer, Delvincourt, 1, p. 94; Toullier, 1, n. 469; Duranton, 2, n. 451; Plasman, p. 279; Demante, n. 87; Demolombe, 2, n. 285.—*Contrà*, Proudhon et Valette, 1, p. 318.]

[5] [Mais il en a tous les droits, et remplace en tout l'envoyé en possession. C'est ce qui résulte du texte de l'art. 124, qui accorde au conjoint l'administration des biens de l'absent, et de son esprit qui est d'éviter le morcellement de ces biens et d'empêcher tout autre envoi en possession provisoire. Si donc une femme absente, mariée sous le régime dotal, mélangé d'une communauté d'acquêts, a des paraphernaux, le mari a le droit de prendre l'administration de ces biens, sans que les héritiers présomptifs de la femme puissent en demander l'envoi en possession provisoire, Demolombe, 2, n. 277. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 124.]

[6] [Et non des meubles et effets de la communauté. L'art. 126 ne parle que des biens de l'absent, Toullier, 1, n. 466; Marcadé, sur l'art. 126. — *Contrà*, Duranton, 1, n. 460; de Moly, n. 566; Plasman, p. 281; Demolombe, 2, n. 293.]

[7] [L'art. 126 impose à l'époux qui a opté pour la continuation de la communauté l'obligation de faire inventaire des biens de l'absent; or, relativement à la femme qui fait cette option, les biens de l'absent sont non-seulement les biens propres du mari, mais encore les biens de la communauté dont il est le chef. L'inventaire doit donc comprendre les uns et les autres, Delvincourt, 1, p. 346; Duranton, 1, n. 465; Chardon, *Puiss. marit.*, n. 175; Demolombe, 2, n. 281.— *Contrà*, Toullier, 1, n. 470.]

[8] [Orléans, 22 nov. 1850, S. V., 51, 2, 553.]

[9] Delvincourt, sur l'art. 124; Bellot des Minières, 2, 28; [Proudhon, 1, p. 305; Duranton, 1, n. 459; Demolombe, 2, n. 266.]

[10] [L'art. 124 n'impose l'obligation de fournir caution ni au mari ni à la femme qui optent pour la continuation de la communauté, à la différence du cas où ils optent pour la dissolution (V. ce § *in fine*), Delvincourt, 1, p. 268; Duranton, 1, n. 465; Favard, v° *Absent*, sect. 3, § 1; Bellot des Minières, 2 p. 23; Plasman, p. 282; Marcadé, sur l'art. 124; Rodière et Pont, 1, p. 744; Demolombe, 2, n. 283.—*Contrà*, de Moly, n. 580; Maleville, p. 149; Paris, 9 janvier 1826.—Selon Toullier, 1, n. 470, et Talandier, p. 164, le mari serait dispensé de fournir caution, mais la femme y serait tenue.—Selon Demante, n. 82 et s., la

La communauté continuée par l'option de l'époux présent se dissout, d'une part, par les causes ordinaires de dissolution [11], et, d'autre part, par l'envoi en possession définitive du patrimoine de l'absent [12]. Cependant l'époux présent est en tout temps recevable à revenir sur la déclaration qu'il a faite de sa volonté de continuer la communauté [13]. De plus, la femme qui a opté pour la continuation de la communauté conserve le droit, si cette communauté est dissoute pour une cause quelconque, d'y renoncer ensuite [14]. Ce droit passe à ses héritiers ou successeurs, art. 1453, 1466.

Si le conjoint présent demande la dissolution immédiate de la communauté, ou si les époux sont mariés sous un régime exclusif de la communauté [15], il y a lieu d'appliquer les dispositions contenues aux §§ 98 et 100 [16]. V. sur le présent paragr. l'art. 124 [17].

question devrait être résolue d'après les circonstances.]

[11] [C'est-à-dire par la mort naturelle ou civile, soit de l'époux absent, si elle est prouvée, soit de l'époux présent. Les héritiers présomptifs de l'époux absent ou tous autres intéressés, tels que les légataires, les donataires ou les créanciers, pourraient même, en cas de faillite, de déconfiture ou de malversation de l'époux présent, demander la dissolution de la communauté et l'envoi en possession provisoire. — Du reste, la continuation de communauté étant une faveur accordée à l'époux présent, malgré la présomption de décès de l'absent au jour de sa disparition ou des dernières nouvelles, et tenant tous les droits en suspens, il en résulte que si elle vient à se dissoudre par le décès de l'époux présent ou sur la demande des ayants droit, la présomption reprend toute sa force, et la dissolution remonte, pour ses effets, au jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent. Si, au contraire, elle se dissout par le décès de l'absent, la présomption disparaît devant le fait, et la dissolution remonte au jour de ce décès, Demolombe, 2, n. 293; Marcadé, sur l'art. 124. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 124, d'après lequel la communauté n'est dissoute qu'à partir de l'événement qui la fait cesser effectivement, c'est-à-dire du jour du décès de l'époux présent ou de la réception de la nouvelle du décès de l'époux absent.]

[12] Maleville, sur l'art. 120; Bellot des Minières, 2, p. 37 et s.; [Demolombe, 2, n. 289; Marcadé, sur l'art. 124. Dans ce cas encore la dissolution remonte, pour ses effets, au jour de la disparition ou des dernières nouvelles, Marcadé, *ibid.*]

[13] *Quilibet juri in favorem suum introducto renunciare potest*, Duranton, 1, n. 462. [Demolombe, 2, n. 293; Plasman, p. 280; Valette sur Proudhon, 1, p. 315; Marcadé, sur l'art. 124. — Et dans ce cas encore les effets de la dissolution rétroagissent, Demolombe et Marcadé, *ibid.*]

[14] [Demolombe, 2, n. 294; Duranton, 1, n. 463.]

[15] Ainsi, par exemple, si les époux se sont mariés sous le régime dotal et que la femme vienne à disparaître, ses héritiers peuvent, immédiatement après la déclaration d'absence, poursuivre la restitution de la dot, Duranton, 1, n. 451.

[16] [Demolombe, 2, n. 295 et s.; Marcadé, sur l'art. 124. Ainsi, il doit fournir caution, mais seulement pour les choses susceptibles de restitution, c'est-à-dire, selon Proudhon, 1, p. 174, et Cubain, *Droits des femmes*, n. 663, pour les gains de survie au profit de l'époux présent, ainsi que pour toutes les libéralités qu'il aurait reçues de son conjoint, et dont il ne devrait jouir qu'à la mort de l'époux donateur; mais non pour les autres effets restés à l'époux présent d'après l'acte de liquidation. Selon Marcadé, sur l'art. 124, la caution doit être fournie même pour ces effets. — Selon Demolombe, 2, n. 300, dont l'opinion nous paraît préférable, l'obligation de fournir caution pour les effets de communauté n'incombe pas au mari qui en est le maître, et qui, par conséquent, ne peut être tenu à la restitution de ceux qu'il aurait aliénés. Par la même raison, la femme doit caution pour la restitution de ceux des fruits de ses biens personnels qui tombent dans la communauté, tandis que le mari ne doit de ce chef aucune caution, Demolombe, 2, n. 299, 301.]

[17] V. encore sur cet article, Proudhon,

§ 100. *Des droits et des obligations des envoyés en possession provisoire.*

Il faut envisager les droits et les obligations de ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire sous un triple point de vue : 1° relativement à l'absent ; 2° relativement à ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire les uns vis-à-vis des autres, et enfin 3° relativement aux tiers.

I. Les biens de l'absent ne sont dans les mains de ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire, et relativement à l'absent, qu'un dépôt[1] qu'ils sont tenus d'administrer comme curateurs[2], et pour lequel ils lui doivent un compte d'administration, s'il se représente ou s'il donne de ses nouvelles, art. 125.

Dans l'accomplissement de ce devoir prescrit par la loi, ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire doivent se conformer aux règles suivantes qui résultent, ou de la nature des choses, ou des dispositions expresses de la loi.

Ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire doivent :

1° Recevoir le compte du curateur aux biens de l'absent[3];

2° Faire procéder à l'inventaire du mobilier et des titres de l'absent, en présence du procureur impérial près le tribunal de première instance, ou d'un juge de paix requis par lui[4], art. 126, § 1.

3° Lorsque l'inventaire est terminé, ils doivent faire décider par le tribunal s'il y a lieu de vendre tout ou partie du mobilier[5]. Quant aux meubles dont le tribunal n'ordonne pas la vente, ceux

1, p. 171 et s.; de Moly, n. 545 et s.; Pigeau, 2, p. 507; [Marcadé, sur cet article; Demolombe, 2, n. 269 et s.]

[1] [C'est-à-dire qu'ils ne sont pas propriétaires des biens dont ils ont la possession; mais ils n'en sont pas dépositaires dans le sens rigoureux et légal de ce mot, Marcadé, sur l'art. 125; Demolombe, 2, n. 101.]

[2] Toullier, 1, n. 431; Duranton, 1, n. 478; [Demolombe, 2, n. 100.] *Prœstat culpam levem.* Leur responsabilité doit cependant être appréciée avec indulgence; [car si l'envoi en possession est prononcé dans leur intérêt, il l'est également dans l'intérêt de l'absent. L'étendue de leur responsabilité est d'ailleurs une question d'appréciation, Demolombe, 2, n. 102.] V. aussi L. 8, Dig., *De neg. gest.*

[3] Locré, sur l'art. 120; de Moly, n. 259.

[4] Cet inventaire est soumis aux mêmes règles que l'inventaire en matière de succession, Pr., art. 941 et s.; de Moly, n. 439. V. aussi Toullier, 1, n. 464.

[5] La manière dont la vente doit avoir lieu, [c'est-à-dire la question de savoir si la vente doit avoir lieu avec ou sans formalité de justice] est laissée à dessein par la loi au pouvoir discrétionnaire des tribunaux, Locré, sur l'art. 126; [Demolombe, 2, n. 96; Duranton, 1, n. 478; Toullier, 1, n. 427; Plasman, p. 145. D'autres auteurs décident en principe que la vente des meubles des absents peut avoir lieu sans formalités de justice. V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent;* de Moly, n. 266; Talandier, p. 298; *sic*, Paris, 27 avril 1814. D'autres décident qu'il faut toujours recourir aux formalités judiciaires. V. Delvincourt, 1, p. 100.]

qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire ne peuvent en disposer sans autorisation du même tribunal. V. cependant l'art. 2279[6]. Dans le cas de vente, il est fait emploi du prix[7], art. 126, § 1, 2.

4° Ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire sont autorisés à faire constater légalement l'état des immeubles, art. 126, § 3; et, s'ils omettent ce soin, il y a contre eux présomption qu'ils les ont reçus en bon état[8].

5° Ils ne peuvent ni aliéner ni hypothéquer les immeubles sans l'autorisation du tribunal[9], art. 128. Les hypothèques légales ou judiciaires qui grèveraient les immeubles propres des envoyés en possession provisoire ne s'étendent pas aux immeubles de l'absent. Cependant les jugements rendus contre les envoyés en possession provisoire, en cette qualité, emportent hypothèque sur ces immeubles[10], art. 2126.

6° Ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire peuvent recevoir les capitaux échus et en donner quittance, mais non en faire remise[11]. Ils sont également tenus, lorsque ces capitaux leur rentrent, de les replacer[12], arg. art. 126, § 2.

7° Ils sont autorisés à suivre sur les actions qui compètent à

[6] [Il résulte de cet art. 2279, aux termes duquel en fait de meubles la possession vaut titre, que la vente des meubles de l'absent, faite sans autorisation, serait valable à l'égard des tiers de bonne foi, et ne peut donner lieu, si l'absent reparaît, qu'à une action en responsabilité contre l'envoyé en possession qui les a vendus, Duranton, 1, n. 485; Marcadé, sur l'art. 126.]

[7] [Il doit aussi être fait emploi des fruits art. 126; c'est-à-dire des fruits antérieurs à l'envoi en possession, Marcadé, sur l'art. 126;—ainsi que des créances recouvrées, Orléans, 22 nov. 1850, S. V., 51, 2, 553.—Aucun délai n'est fixé pour faire cet emploi; mais] si les envoyés en possession négligent de se conformer aux prescriptions de la loi, ils deviennent passibles de dommages-intérêts vis-à-vis de l'absent, suivant les circonstances, [Demolombe, 2. n. 97.]

[8] Proudhon, 1, 157; Toullier, 1, n. 430; Duranton, 1, n. 474; [Demolombe, 2, n. 97; sauf, bien entendu, la preuve contraire, Marcadé, sur l'art. 126.] V. art. 1731.

[9] De Moly, n. 477 et s.; [Demolombe, 2, n. 111; Marcadé, sur l'art. 128. D'autres auteurs, Persil, sur l'art. 2124; Toullier, 1, n. 431; Demante, n. 88, dont l'opinion ne nous paraît pas devoir être suivie, enseignent qu'il suffit de l'autorisation du conseil de famille: il n'y a pas ici de conseil de famille.] Au surplus, l'absent seul peut attaquer les aliénations faites sans autorisation, Locré, sur l'art. 128. [Rouen, 22 juil. 1840, S. V., 40, 2, 415.]

[10] Proudhon, 1, p. 158; Grenier, *Traité des hyp.*, 1, p. 40.

[11] [Ni consentir mainlevée d'une inscription hypothécaire avant que la créance de l'absent soit payée, Duranton, 20, n. 189. —Ils ne peuvent non plus céder les créances: la prohibition de l'art. 126 s'applique aux meubles incorporels comme aux meubles corporels, Demolombe, 1, n. 113; Duranton, 1, n. 485. — *Contrà*, Paris, 27 avril 1814 et Bordeaux, 30 nov. 1845, S. V., 46, 2, 376.]

[12] V. la note 7. — [Il n'y a aucun délai imparti pour faire ce placement. Des auteurs, assimilant assez arbitrairement l'absent au mineur, fixent ce délai à six mois, art. 455, et décident en conséquence que l'envoyé en possession devient débiteur des intérêts des sommes dont il n'a pas fait emploi dans les six mois du recouvrement, Delvincourt, 1, p. 100; Talandier, p. 203; Plasman, p. 155.]

l'absent et à les engager[13], et à défendre à celles dans lesquelles il est défendeur[14], art. 134, 817, § 2[15].

A ces restrictions près, l'administration de ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire s'exerce avec la plus grande latitude. Ils peuvent, par exemple, faire aux immeubles de l'absent tous les changements utiles et passer des baux de plus de neuf ans. V. art. 1429 et s., 1718[16].

II. Les héritiers ou successeurs qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire peuvent procéder entre eux au partage provisoire[17] des biens de l'absent, en se conformant aux règles ordinaires en matière de succession[18]. Ils peuvent même procéder à ce partage par voie de licitation, mais sans y admettre les étrangers[19], arg. art. 128[20].

III. Vis-à-vis des tiers, la position de ceux qui ont obtenu l'envoi

[13] Il n'y a, sous ce rapport, aucune distinction à faire entre les actions immobilières et les actions mobilières, [Demolombe, 2, n. 114.] — Duranton, 1, n. 492, n'est pas de cet avis. Cet auteur pense que l'autorisation du tribunal est nécessaire à l'envoyé en possession pour l'exercice des actions immobilières. [V. dans le même sens Demante, n. 90, et Proudhon, 1, p. 199; mais la généralité de l'art. 134 ne nous paraît pas permettre cette distinction.]

[14] [En d'autres termes, les envoyés en possession ont les actions actives comme les actions passives, Duranton, 1, n. 492; Toullier, 1, n. 434; Plasman, p. 205; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*; Talandier, p. 208; Demante, n. 90.] V. cependant de Moly, n. 492 et s.—Aussi les envoyés en possession ne pourraient-ils pas, s'ils avaient une action contre l'absent, lui opposer l'exception de la prescription, Toullier, 1, n. 429; [Marcadé, sur l'art. 128.] Par la même raison, un jugement régulièrement rendu contre l'envoyé en possession, en cette qualité, a force de chose jugée contre l'absent, Proudhon, *De l'usufruit*, 1, p. 55.

[15] [L'envoyé en possession ayant, sans avoir besoin d'autorisation préalable, l'exercice des actions actives et passives de l'absent, doit, par la même raison, pouvoir, sans autorisation, acquiescer et transiger sur ces actions, sans distinction entre les actions mobilières ou immobilières. — *Contrà*, Duranton, 1, n. 492; Demante, n. 90; Proudhon, 1, p. 199, qui exigent une autorisation pour les actions immobilières; et de Moly, n. 451, Plasman, n. 207, et Demolombe, 2, n. 115, qui exigent une autorisation même pour les actions mobilières.]

[16] Proudhon, *De l'usufruit*, 1, p. 52 et s. [*Contrà*, Duranton, 1, n. 490; Marcadé, sur l'art. 127; Duvergier, *Du louage*, n. 40. D'après Demolombe, 2, n. 105, la question doit être résolue d'après les circonstances. Aucune loi n'interdisant aux envoyés en possession les baux de plus de neuf ans, qui sont souvent des actes de bonne administration, il nous semble qu'en principe les envoyés en possession ont le droit de les consentir, et que ces baux ne pourraient être annulés que dans les cas de fraude ou de malversation.]

[17] Duranton, 1, n. 503; [Marcadé, sur l'art. 129; Demolombe, 2, n. 128.]

[18] [Ils peuvent dès lors se contraindre réciproquement au rapport des dons rapportables qu'ils auraient reçus de l'absent, puisque l'envoi en possession qu'ils ont obtenu et le partage qui en est la suite sont fondés sur la présomption de mort de l'absent, Demolombe, 2, n. 132.]

[19] Demolombe, 2, n. 129.]

[20] [De ce que la succession de l'absent déclaré est réputée ouverte, il suit que ses héritiers, envoyés ou non en possession, peuvent faire des traités valables sur sa succession, Demolombe, 2, n. 130; Cass., 3 août 1829. — *Contrà*, si l'absence était seulement présumée, Cass., 21 déc. 1841, S. V., 42, 1, 167. V. cependant sur ce dernier point, Bordeaux, 21 juin 1838, S. V., 38, 2, 413, et Demolombe, 2, n. 131.]

en possession provisoire est celle d'héritiers sous bénéfice d'inventaire [21].

Aussi peuvent-ils être actionnés pour toutes les choses qu'un tiers est fondé à réclamer contre l'absent ou sur ses biens [22], art. 134; mais sans être tenus sur leurs biens personnels [23] des dettes et charges de l'absent. Celui qui a obtenu l'envoi en possession provisoire peut, comme un héritier, prescrire contre un tiers, par exemple, contre un héritier ou un successeur de l'absent qui n'a pas obtenu l'envoi en possession provisoire; et, par contre, un tiers peut prescrire contre lui [24].

On peut encore conclure des principes qui précèdent que, dans le cas où les héritiers ou successeurs qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire sont actionnés par un autre héritier ou successeur, soit en revendication de la possession provisoire, soit pour la partager, soit à raison d'un droit dont l'ouverture est attachée au décès de l'absent, § 98, l'obligation de restituer les fruits perçus ne se règle pas d'après la disposition de l'art. 127 [25], mais d'après

[21] Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 120; [Demolombe, 2, n. 134 et s.; Marcadé, sur l'art. 134.]

[22] Maleville, sur l'art. 134; Proudhon, 1, p. 158 et s., 199; Toullier, 1, n. 434; [V. sup. note 14.] L'art. 877 est aussi applicable à celui qui a été envoyé en possession provisoire; [c'est-à-dire qu'on ne peut poursuivre contre les envoyés en possession l'exécution des titres exécutoires contre l'absent, qu'après les leur avoir préalablement signifiés, Demolombe, 2, n. 136; Proudhon, 1, p. 295.—Du reste, les dettes se divisent entre les envoyés en possession, tout comme elles se divisent entre des héritiers proprement dits, Proudhon, 1, p. 269, note 6; de Moly, n. 184; Plasman, p. 210 et s.; Demolombe, 2, n. 136.]

[23] [C'est-à-dire qu'ils ne sont pas tenus des dettes de l'absent, *ultra vires successionis*. Plasman, p. 208; Marcadé, sur l'art. 134; Demolombe, 2, n. 136.—Il n'est pas nécessaire pour cela qu'ils aient déclaré n'accepter que sous bénéfice d'inventaire, Demolombe et Marcadé, *ibid.*]; Delvincourt, sur l'art. 134; Duranton, 1, 492. — V. cependant Proudhon, 1, p. 159 et s. [Selon cet auteur, l'envoyé en possession, bien qu'il ne soit pas tenu *ultra vires*, peut être poursuivi sur ses biens propres jusqu'à concurrence de sa part dans les biens de l'absent. C'est une erreur. L'envoyé en possession, assimilé à l'héritier bénéficiaire, ne peut, comme cet héritier, être poursuivi sur ses biens propres..., pourvu toutefois qu'il représente fidèlement les biens et les valeurs compris dans l'envoi, faute de quoi, il serait responsable sur ses biens propres, Demolombe, 2, n. 136.]

[24] [En d'autres termes, tant que dure l'absence déclarée, c'est eu égard à la personne de l'envoyé en possession provisoire que doivent être décidées les questions de prescription.] Si donc l'absent était majeur et l'envoyé en possession mineur, le tiers qui voudrait prescrire contre l'envoyé en possession pourrait être repoussé par l'exception de minorité de ce dernier. [Et réciproquement si l'envoyé en possession était majeur et l'absent mineur, l'envoyé en possession ne pourrait opposer aux tiers la minorité de l'absent, Merlin, *Rép.*, v° *Absent;* Delvincourt, 1, p. 48, note 4; Valette sur Proudhon, 1, p. 289; Demolombe, 2, n. 139; Marcadé, sur l'art. 134.] Duranton, 1, n. 495, est d'une opinion contraire. [V. aussi Cass., 21 vent. an IX.] Dans tous les cas, si l'absent vient à se représenter, le temps nécessaire pour la prescription devra se calculer comme si elle avait toujours couru contre lui. Merlin et Duranton, *loc. cit.;* [Marcadé et Demolombe.]

[25] Discussion sur l'art. 127; Delvincourt, sur le même art.; de Moly, n. 483; Duranton, 1, n. 497; [Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 127; Talandier, p. 182; Plasman, 2, p. 314; Rouen, 7 déc. 1840,

les règles du droit commun, comme si les envoyés en possession provisoire détenaient, à titre d'héritiers, les biens de l'absent. On peut encore tirer du même principe cette conséquence, que l'envoyé en possession provisoire peut disposer à titre gratuit du droit qu'il a acquis par l'envoi en possession provisoire ou de son droit éventuel de succession [26].

Il ne résulte cependant pas de ce qui précède que, dans le cas d'aliénation des immeubles (V. art. 2279) appartenant à l'absent, par l'envoyé en possession provisoire, la revendication ne puisse en être exercée, soit par l'absent, en cas de retour, soit par ses héritiers contre tout détenteur des immeubles aliénés. Loin de là, les règles de la revendication sont ici tout à fait applicables [27].

Ce qui vient d'être dit dans le présent paragraphe s'applique également à ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire d'un droit subordonné au décès de l'absent, § 98, sauf les restrictions et exceptions inhérentes au caractère propre et au fondement légal de la possession provisoire [28], art. 125 et 134.

Les frais de la déclaration d'absence, de l'envoi en possession provisoire et de l'administration des biens de l'absent sont à sa charge, s'il reparaît [29]. V. art. 126 et arg. de cet article. V. cependant art. 127 et § 101.

S. V., 41, 2, 299.—Il suit de là que les envoyés en possession provisoire qui ont joui de bonne foi acquièrent la propriété définitive des fruits et revenus, et ne sont tenus d'en restituer aucune partie à ceux qui se présenteraient plus tard comme ayant les mêmes droits ou comme ayant des droits préférables. — *Contrà*, Agen, 16 avril 1822; Locré, 2, p. 467; Toullier, 1, n. 433.—Il suit encore de là que l'envoyé en possession qui rend à son cohéritier ou a un légataire la portion de jouissance qui revient à celui-ci, à partir du jour de sa demande, ne peut retenir sur cette portion ce qu'il aurait retenu aux termes de l'art. 127, si la restitution eût été faite à l'absent, Talandier, p. 185; Merlin, sur l'art. 127; Cass., 30 août 1820.]

[26] Angers, 28 août 1828.

[27] V. ci-après le titre de la *Prescription*.

[28] L'art. 125 comprend aussi dans sa disposition l'envoyé en possession provisoire de ce droit, de Moly, n. 421.

[29] Ces frais sont présumés faits dans l'intérêt de l'absent. Toutefois, la doctrine n'est pas d'accord sur ce point. [Dans le sens de l'opinion qui met les frais à la charge de l'absent, V. Delvincourt, 1, p. 48, note 8; Duranton, 1, n. 476; Demolombe, 2, n. 99. Dans le sens de l'opinion qui les met à la charge de l'envoyé en possession provisoire, V. de Moly, n. 430; Merlin, *Rép.*, sur l'art. 131; et Colmar, 4 mars 1815. — Suivant Plasman, p. 215, dont l'opinion nous paraît équitable, ces frais doivent être partagés entre l'absent et les envoyés en possession : ces frais, en effet, ont été faits autant dans l'intérêt de l'un que dans l'intérêt des autres. — Quant aux droits de mutation qui sont dus par les envoyés en possession dans les six mois du jugement qui prononce l'envoi, L. 22 frim. an VII, art. 24; 28 avril 1816, art. 40; Cass., 2 avril 1823; Championnière et Rigaud, *Traité des dr. d'enr.*, n. 3835; Demolombe, 2, n. 133; ils sont restitués si l'absent reparaît, sous la déduction du droit auquel donne lieu la jouissance des revenus qui reste à la charge des envoyés qui ont eu cette jouissance, Décis. min. 24 fruct. an XIII]; Duranton, 1, n. 455 et 482.

§ 101. *Du retour de l'absent; de la preuve de son décès.*

Si l'absent reparaît, ou si l'on reçoit de ses nouvelles avant l'envoi en possession définitive, ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire de ses biens, ou les personnes auxquelles a été accordé l'exercice provisoire de certains droits, sont tenus de rendre compte de leur gestion à l'absent ou à son fondé de pouvoirs[1], et de lui restituer les biens et les droits dont ils n'étaient investis que provisoirement, et dont ils jouissaient en son lieu et place, art. 131. Les revenus perçus dans le cours de l'envoi en possession provisoire[2] appartiennent à ceux au profit desquels cet envoi a été prononcé[3], soit pour une partie, soit pour la totalité : pour la totalité, après trente ans d'absence écoulés depuis le jour de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent[4]; pour partie,

[1] [Ou à celui qui serait chargé par justice de l'administration de ses biens.] V. art. 131.

[2] L'art. 127 ne s'applique qu'à ces fruits. Les fruits perçus antérieurement *augent patrimonium absentis*, Duranton, 1, 496 ; Favard, v° *Absence*, sect. 3, § 1.—[Quant aux fruits non encore perçus, soit qu'il s'agisse de fruits naturels encore sur pied, soit qu'il s'agisse de fruits civils, tels que rentes, fermages non encore payés, ils appartiennent en totalité à l'absent. L'art. 127 ne s'applique qu'aux fruits restituables, et on ne peut, soit retenir, soit rendre en partie ou en totalité que ce qu'on a déjà perçu, Duranton, 1, n. 498; Demolombe, 2, n. 121 et s.; Marcadé, sur l'art. 127.]

[3] [Ils sont également acquis dans la même proportion au légataire, au donataire, au nu-propriétaire, Talandier, p. 217; Demolombe, 2, n. 123; Marcadé, sur l'art. 127.—Il a même été jugé qu'ils étaient également acquis au non-successible, nommé administrateur dans l'intérêt de l'absent, Cass., 29 déc. 1830. Ce point nous paraît faire sérieusement difficulté. V. Demolombe, 2, n. 123.] Mais la même règle n'est pas en tous points applicable au conjoint qui a opté pour la continuation de la communauté. — [A cet égard, il faut distinguer : les fruits ne sont acquis à ce conjoint, dans les proportions indiquées par l'art. 127, que dans le cas où il se trouve vis-à-vis des héritiers, légataires, donataires ou autres ayants droit de l'absent, Delvincourt, 1, p. 49, note 2; Toullier, 1, n. 472; Duranton, 1, n. 464 : Proudhon et Valette, 1, p. 319 et s.; de Moly, n. 570; Demante, n. 91 ; Demolombe, 2, n. 286. Si, au contraire, le conjoint se trouve vis-à-vis de l'absent qui reparaît, il n'a droit à aucune portion des fruits entrant en communauté, puisque ces fruits sont tombés dans la communauté continuée, et n'ont été ni perçus ni acquis par lui, mais par la communauté : il n'a droit qu'aux fruits qui, n'entrant pas dans la communauté, ont été perçus par lui en sa qualité d'administrateur des biens de l'absent, Delvincourt, 1, p. 49, note 2; Valette et Proudhon, 1, p. 319; Demolombe, 2, n. 288.—Selon d'autres auteurs, dont l'opinion ne nous paraît pas devoir être partagée, l'époux peut exercer la retenue de l'art. 127 sur la moitié des fruits de communauté qui lui aurait appartenu si l'absent n'eût pas reparu, Duranton, n. 464; Plasman, 1, n. 287 et s.; Marcadé, sur l'art. 127.]

[4] Toullier, 1, n. 432; de Moly, n. 487; [Demante, n. 92; Valette sur Proudhon, 1, p. 288; Demolombe, 2, n. 125.] D'autres auteurs ne font courir les trente années que du jour de la déclaration d'absence. Tels Delvincourt, sur l'art. 127; Duranton, 1, n. 427; [Marcadé, sur l'art. 127. Mais c'est à tort, car il n'y a aucune raison pour donner un point de départ différent à trois périodes successives; et si l'art. 127, dans son deuxième alinéa, fait partir la période de trente ans. de l'absence, après avoir fait partir, dans son premier alinéa, les périodes de moins et de plus de quinze ans du jour de la disparition, ce mot *absence* doit être entendu non dans son sens restreint, mais dans un sens général.]

c'est-à-dire pour les quatre cinquièmes, s'il reparaît avant quinze ans révolus, pour les neuf dixièmes, s'il ne reparaît qu'après les quinze ans[5], en observant toujours le même point de départ, art. 127[6]. Par suite, ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire supportent les *impensas in fructus*[7], en proportion de leur jouissance, arg. art. 548.

Si depuis l'envoi en possession provisoire, et avant l'envoi en possession définitive[8], le décès de l'absent déclaré est établi[9], ses héritiers et successeurs les plus proches, au moment de son décès[10], recueillent sa succession et n'ont alors contre ceux qui ont obtenu l'envoi en possession provisoire d'autres droits, V. art. 127, que ceux qui, dans les cas ci-dessus, auraient appartenu à l'absent s'il avait reparu, art. 130[11].

[5] [C'est-à-dire qu'après quinze ans l'envoyé en possession a droit aux 9/10 de la totalité des fruits, et non pas seulement aux 9/10 des fruits perçus depuis les quinze ans, et aux 4/5 seulement des fruits perçus pendant les quinze premières années, Demolombe, 2, n. 124; Marcadé, sur l'art. 127.]

[6] Si l'absent a laissé un testament, l'héritier envoyé en possession ne peut tirer de l'art. 127 la conséquence qu'il se trouve fondé à retenir une partie des fruits des legs perçus postérieurement à la demande en délivrance, Cass., 30 août 1820; [Merlin, *Rép.*, vº *Absent*, art. 127. —V. le § qui précède.] V. art. 1014.

[7] [C'est-à-dire que la part des envoyés en possession se calcule non sur le revenu *brut*, mais sur le revenu *net;* c'est-à-dire sur le revenu, prélèvement fait des dépenses occasionnées par les réparations d'entretien, qui sont une charge des fruits. Quant aux grosses réparations, ils n'en supportent aucune partie, Demolombe, 2, n. 127; Marcadé, sur l'art. 127]; Delaporte, sur l'art. 427. V. ci-après le titre de l'*Usufruit.*

[8] [V. pour ce qui a lieu après l'envoi en possession définitif, *inf.*, § 103.]

[9] [En l'absence d'un acte de décès, la mort de l'absent peut être prouvée par témoins, lors même qu'on n'allègue point le défaut d'existence de registres de l'état civil, Cass., 12 mars 1807. V. *sup.*, § 81. — On peut aussi faire la preuve du décès par un acte de notoriété. Mais ces moyens de preuve doivent être admis avec une grande réserve. V. Colmar, 12 août 1814, et Cass., 27 déc. 1837, S. V., 38, 1. 545.]

[10] [Pourvu toutefois que la prescription ne fût pas acquise contre eux au profit de l'envoyé en possession; et cette prescription court à partir du décès de l'absent, parce que, à partir de ce décès, connu ou non connu, l'envoyé en possession possède par droit héréditaire, Duranton, n. 531; Valette sur Proudhon, 1, p. 333; Demolombe, 2, n. 193; Marcadé, sur l'art. 130. — *Contrà*, de Moly, n. 703. — Il en est de même encore bien que les héritiers qui réclament soient les enfants ou descendants de l'absent, Demolombe, 2, n. 194. — *Contrà*, Duranton, 1, n. 512.]

[11]. [Il n'est pas douteux que les fruits perçus antérieurement au décès de l'absent ne soient, quant à leur restitution, régis par l'art. 127. Mais *quid*, des fruits perçus depuis ce décès jusqu'au jour de la restitution? Il nous paraît certain que si l'envoyé en possession a ignoré ce décès et s'il a joui en qualité d'envoyé en possession, il doit restituer, pour cette époque intermédiaire, la quotité des fruits qu'il eût été tenu de restituer à l'absent lui-même, si, au lieu d'être représenté par ses héritiers, il eût reparu. Si, au contraire, l'envoyé en possession a connu le décès de l'absent, la restitution des fruits perçus depuis cette connaissance acquise doit se régler par une distinction entre le cas où l'envoyé en possession était de bonne foi, et celui où il était de mauvaise foi : s'il était de bonne foi, c'est-à-dire s'il se croyait l'héritier le plus proche au moment du décès, il a fait siens la totalité des fruits parce qu'il a possédé comme héritier et non comme envoyé en possession. S'il était de mauvaise foi, c'est-à-dire s'il savait qu'il y avait un héritier plus proche, il doit restituer tous les fruits, Demolombe, 2, n. 195.]

ARTICLE 2. — DE L'ENVOI EN POSSESSION DÉFINITIF.

§ 102. *A quel moment et comment l'envoi en possession définitif a lieu.*

Si l'absence a continué trente ans depuis l'envoi provisoire, ou depuis l'époque à laquelle l'époux présent s'est prononcé pour la continuation de la communauté[1]; ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent[2], sans qu'il se soit présenté ou sans qu'on ait eu de ses nouvelles, ceux auxquels la loi accorde la faculté de poursuivre l'envoi en possession provisoire ou la jouissance provisoire des droits subordonnés à la condition de son décès, et leurs héritiers et successeurs[3], pourront, qu'ils aient provoqué et obtenu ou non l'envoi provisoire, à moins cependant, dans ce dernier cas, qu'ils ne soient placés sous le coup de l'exception de prescription, V. § 100, demander au tribunal compétent l'envoi en possession définitif des biens de l'absent ou l'exercice définitif de leurs droits, art. 129. Dans ce cas, le tribunal doit[4] ordonner une nouvelle enquête pour établir l'absence, d'après les règles tracées par les art. 116 et 117. Si la demande est fondée sur l'âge de cent ans de l'absent, la justification de cet âge est faite par la production de l'acte de naissance[5]. Le tribunal ordonne ensuite, s'il y a lieu, l'envoi en possession définitif, au profit de ceux qui le poursuivent.

§ 103. *Des effets de l'envoi en possession définitif.*

Le premier effet du jugement d'envoi en possession définitif est de mettre ceux qui l'ont obtenu dans la même position, relativement aux biens de l'absent déclaré, que si la mort était prouvée[1].

[1] [Ou plutôt depuis la déclaration d'absence, dont l'envoi en possession provisoire ou la continuation de la communauté ne sont que des conséquences indifférentes en elles-mêmes au fait de la présomption de mort, Marcadé, sur l'art. 129; Demolombe, 2, n. 148.]

[2] Peu importe, dans ce dernier cas, qu'il y ait eu envoi en possession provisoire, Locré, sur l'art. 129; [de Moly, n. 652; Demolombe, 2, n. 148. Cela doit s'entendre en ce sens que, pour demander l'envoi définitif, dans ce cas, il n'est point nécessaire qu'il se soit écoulé un certain délai depuis la déclaration d'absence; mais il n'en faut pas moins, préalablement à l'envoi définitif, obtenir une déclaration d'absence, Marcadé, sur l'art. 129.]

[3] Ainsi, pour l'envoi en possession définitif, il faut se reporter à l'époque de la disparition ou à la date des dernières nouvelles, V. § 98, et de Moly, n. 708 et s.;... même dans le cas où cent ans se sont écoulés depuis la naissance de l'absent, Cass., 22 déc. 1813.

[4] [L'enquête n'est pas obligatoire, elle est facultative, Demolombe, 2, n. 124; Marcadé, sur l'art. 129. — *Contrà*, Duranton, 1, n. 501.]

[5] V. sur la procédure à suivre, Locré, sur l'art. 129; Pigeau, 2, p. 544; Toullier, 1, n. 443; de Moly, n. 718.

[1] Talandier, p. 227; [Delvincourt, 1, p. 50; Toullier, 1, n. 447; Duranton, 1, n. 510; Demolombe, 2, n. 154; Marcadé, sur l'art. 129. Il n'est peut-être pas très-exact de dire qu'ils sont des héritiers; mais ils sont comme des héritiers. Ils sont propriétaires; mais leur droit de propriété n'est pas irrévocable.]

Ainsi, par exemple, les envoyés en possession définitifs du patrimoine de l'absent déclaré peuvent procéder à un partage définitif, comme s'il s'agissait d'une succession ouverte [2], et disposer à leur gré des immeubles et des meubles qui en dépendent [3]. Les cautions données par eux au moment de l'envoi en possession provisoire sont déchargées de plein droit ; et la communauté, continuée dans les cas prévus au § 99, est également dissoute de plein droit [4], art. 129 et 2126.

Le droit de propriété de ceux qui ont obtenu l'envoi en possession définitif sur les biens de l'absent déclaré n'est cependant pas un droit entièrement irrévocable. En effet, 1° si l'absent reparaît même après l'envoi en possession définitif, ou si l'on reçoit des nouvelles de son existence depuis cette époque, l'absent recouvre ses biens [5], mais seulement dans l'état où ils se trouvent [6]. Ainsi il ne reprend que les biens qui se trouvent dans les mains des envoyés en possession définitifs [7]; et pour les biens vendus, il n'a droit qu'au prix qui reste à toucher [8], ou aux biens acquis en remploi. Il doit également supporter toutes les charges imposées aux im-

[2] [Et par conséquent se contraindre réciproquement au partage, Demolombe, 2, n. 153.]

[3] [Même à titre gratuit, Demolombe, 2, n. 155; Marcadé, sur l'art. 132; Duranton, 1, n. 505. V. cependant *inf.*, note 7.]

[4] D'autres auteurs pensent qu'après trente ans les cautions sont déchargées *ipso jure*, [alors même qu'il n'y a pas encore d'envoi définitif.] V. de Moly, n. 656; Duranton, 1, n. 501 ; Pigeau, 2, p. 707 ; [Plasman, 1, p. 241 et s.; Demolombe, 2, n. 160 ; Marcadé, sur l'art. 129. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, 1, p. 326, qui pense, malgré le texte précis de l'art. 129, que les cautions ne sont déchargées qu'après l'envoi en possession définitif. — Les cautions sont déchargées pour le passé comme pour l'avenir, de telle sorte qu'elles ne peuvent plus être recherchées pour l'administration des envoyés en possession provisoire, Duranton, 1, n. 502; Demolombe, 2, n. 161; Marcadé, sur l'art. 129.] Relativement à la dissolution de la communauté conjugale. V. Bellot des Minières, 2, p. 37; [Demolombe, 2, n. 289.]

[5] L'absent qui reparaît peut-il aussi attaquer le jugement de déclaration d'absence par la voie de la tierce opposition ? Nous ne le pensons pas. V. Pr., 474 et Nap., 114, et ci-dessus, § 95; Colmar, 4 mars 1815; [Merlin, *Rép.*, v° *Absence*, sur l'art. 131.]

[6] [La règle en cette matière est que l'envoyé en possession ne doit pas s'enrichir aux dépens de l'absent ; mais que d'un autre côté l'envoi en possession ne peut être, pour l'envoyé, une occasion de perte, Marcadé, sur l'art. 132. V. les notes qui suivent.]

[7] [Il n'a donc, en règle générale, aucune action en répétition contre l'envoyé en possession pour les donations faites par ce dernier, Duranton, 1, n. 505 ; Marcadé, sur l'art. 132 ; Demolombe, 2, n. 157. Cependant si l'envoyé en possession avait profité de la donation, par exemple, s'il avait doté, avec les biens de l'absent, un de ses enfants qu'il eût doté avec ses biens propres, s'il n'avait pas eu les biens de l'absent à sa disposition, l'absent aurait contre lui une action en répétition jusqu'à concurrence du profit réalisé. Mêmes autorités. — Mais dans aucun cas l'absent n'aurait action contre le donataire, Demolombe, 2, n. 156.]

[8] [C'est une erreur : il a droit à la totalité du prix, encore dû ou déjà payé, Demolombe, 2, n. 160; Marcadé, sur l'art. 132. — Mais l'envoyé cesserait d'être tenu à la restitution du prix s'il prouvait que ce prix a péri par cas fortuit et sans qu'il y eût de sa faute, Proudhon, 1, p. 329 ; Demolombe, 2, n. 171. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, *loc. cit.* V. Marcadé, sur l'art. 132.]

meubles, par exemple, les servitudes et les hypothèques, art. 132[9].

2° Il en est encore ainsi dans le cas où il se présente des enfants et descendants directs de l'absent[10]; ceux-ci peuvent faire valoir leurs droits sans être tenus d'établir le décès de l'absent[11], seulement leur action se prescrit[12] par trente ans à partir de l'envoi en possession définitif[13], art. 133.

3° Quelques auteurs admettent[14] que la propriété des envoyés en possession définitive est encore sujette à révocation par la preuve du décès de l'absent et sur la demande de ses héritiers ou successeurs les plus proches au jour de ce décès, pourvu toutefois que leur action ne soit pas prescrite. Cette opinion paraît, il est vrai, découler du second principe établi dans le § 94; cependant l'opinion contraire nous semble préférable. D'une part, l'art. 130, sur lequel s'appuie l'opinion que nous repoussons, s'applique plus exactement, soit d'après ses termes[15], soit d'après la place qu'il

[9] V. pour l'interprétation de cet article. Delvincourt, sur l'art. 132; Duranton, 1, 502 et s.; de Moly, n. 891 et s. L'article doit être interprété dans le sens le plus favorable à l'envoyé en possession; aussi ne pourra-t-il pas lui être opposé lorsqu'il répète *impensas necessarias vel utiles*. V. cependant Cass., 3 avril 1821. Cet arrêt se fonde sur cette proposition : *Impensæ compensantur cum fructibus*.— Il faut encore conclure de l'art. 132, que dans le même cas l'absent qui reparaît n'est pas fondé à attaquer par la *rei vindicatio* les aliénations faites par l'envoyé en possession, Talandier, p. 227 et s.

[10] Ce droit appartient à l'enfant naturel comme à l'enfant légitime, Delvincourt, sur l'art. 133; Toullier, 1, n. 451; [Duranton, 2, n. 513; Demolombe, 2, n. 183.]

[11] Locré, sur l'art. 133; de Moly, n. 683; Duranton, 1, n. 512.

[12] Maleville, sur l'art. 133; Toullier, 1, n. 453; de Moly, n. 690; Merlin, *Rép.*, v° *Absent;* [Demolombe, 2, n. 185. En d'autres termes, l'art. 133 établit une véritable prescription soumise à toutes les règles qui régissent les prescriptions ordinaires.] D'autres auteurs considèrent les trente ans comme un délai préfix, [c'est-à-dire un délai invariable, non susceptible d'être interrompu ou suspendu par les causes qui interrompent ou suspendent la prescription. V. Marcadé, sur l'art. 133]; Proudhon, 1, p. 182; Delvincourt, sur l'art. 133; Duranton, 1, n. 513. Cette question a de l'importance pour décider si l'art. 2252 est applicable au cas actuel, [c'est-à-dire si les trente ans courent contre les enfants mineurs pendant leur minorité. — Nous croyons que le délai de l'art. 130 n'est pas un délai de prescription : c'est un délai spécial, accordé pour action spéciale, qui n'est pas l'action en pétition d'hérédité prévue par les art. 120 et 130, et qui, ajouté aux trente ans après lesquels l'envoi définitif est prononcé, ne pourrait être prolongé sans dommage pour des droits qui resteraient indéfiniment suspendus.]

[13] Ainsi, tant que l'envoi en possession définitif n'a pas eu lieu, l'action des descendants de l'absent est imprescriptible. — C'est une exception à la règle du § 100, Toullier, 1, n. 452. — [Toutefois, si le décès de l'absent est prouvé avoir eu lieu pendant l'envoi en possession provisoire, l'action en pétition d'hérédité soit des enfants, soit des autres héritiers, court à partir de ce décès, et non pas seulement à partir de l'envoi en possession définitif, Valette sur Proudhon, 1, p. 133; Demolombe, 2, n. 193. — *Contrà*, en ce qui touche les enfants, Duranton, 1, n. 512: et en ce qui touche les héritiers, de Moly, n. 703.]

[14] Par exemple, Toullier, 1, n. 455; Duranton, 1, n. 530; de Moly, n. 690.

[15] Dans le projet, la rédaction de l'article était expressément limitée à l'envoi en possession provisoire. Elle était ainsi conçue : « Dans le cas de décès prouvé de l'absent *pendant l'envoi provisoire*,

occupe [16], à l'envoi en possession provisoire ; d'autre part, si cette opinion était admise, la situation des descendants de l'absent serait moins favorable que celle des autres héritiers, l'art. 130 imposant aux envoyés en possession l'obligation [17] de restituer les biens d'une manière absolue et non pas seulement dans l'état où ils se trouvent. Si l'on ajoute aux raisons qui précèdent cette considération, qu'il convient, en général, de favoriser autant que possible tout ce qui tient à la sûreté d'une propriété légitimement acquise, on sera conduit à admettre qu'à partir de l'envoi en possession définitif, et sous la réserve des exceptions portées aux articles 132 et 133, l'absent doit être considéré comme mort du jour de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et que par suite les envoyés en possession doivent être considérés comme ses héritiers ou successeurs les plus proches [18].

§ 104. Quid *si personne n'a poursuivi l'envoi en possession provisoire ou définitif.*

Dans les dispositions relatives, soit au cas où l'absent déclaré se représente, soit à celui où son décès vient à être établi, le Code suppose toujours que les parents qu'il a laissés se sont fait envoyer en possession provisoire et définitive de ses biens. Il se trouve ainsi garder le silence sur le cas où, soit un parent, soit un ami de l'absent, s'est emparé de ses biens par un acte arbitraire, c'est-à-dire sans recourir aux formalités de l'envoi en possession. Il faut conclure de là que si l'absent se représente dans une pareille hypothèse, ou si son décès est prouvé dans la suite, les règles du droit commun et spécialement les règles de l'*hæreditatis petitio* et de la *rei vindicatio* lui sont en tous points applicables [1].

sa succession sera ouverte, etc. » La discussion n'explique pas pourquoi les mots : *envoi provisoire* ont été omis dans la rédaction définitive.

[16] Surtout à cause du contenu des articles qui suivent immédiatement l'art. 130.

[17] Maleville, sur l'art. 130, et Favard, v° *Absence*, sect. 3, § 1 ; Locré et Proudhon, 1, p. 181, paraissent aussi être partis de cette opinion dans l'interprétation de l'art. 130.

[18] [Cette opinion, qui est partagée par Maleville, sur l'art. 130, est contraire à celle de la plupart des auteurs. V. Delvincourt, sur le même art.; Toullier, 1, n. 455 ; Duranton, 1, n. 530 et s.; Valette sur Proudhon, 1, p. 336 et s.; Demolombe, 2, n. 192, qui décident avec raison, selon nous, que des parents de l'absent, autres que les enfants, peuvent, en cas de décès prouvé, évincer les envoyés en possession définitive.]

[1] V. Rouen, 30 mai 1818, et Cass., 3 avril 1821.

CHAPITRE II.

DES DROITS QUI ADVIENNENT A L'ABSENT OU QUI S'OUVRENT A SON PROFIT.

§ 105. *Par qui et sous quelles conditions ces droits peuvent-ils être exercés?*

Le principe d'après lequel celui qui réclame un droit en faveur de telle personne ou du chef de cette personne doit prouver qu'elle vivait [1] au moment où ce droit s'est ouvert à son profit[2], art. 135, et § 48, s'applique spécialement au cas où cette personne est un absent présumé ou déclaré [3]. Ainsi, lorsqu'une succession vient à s'ouvrir et qu'un absent y est appelé, la succession passe en attendant à ceux qui seraient appelés à la recueillir si l'absent était mort[4], c'est-à-dire, suivant les cas, à ses cohéritiers ou aux héritiers du degré suivant [5], ou à ceux qui, par représentation, *jure repræsen*-

[1] [C'est là une application particulière de ce principe de droit commun que c'est à celui qui réclame un droit à établir qu'il lui appartient : *Incumbit onus probandi illi qui agit*, Marcadé, sur l'art. 136 ; Demolombe, 2, n. 201 ; Duranton, 1, n. 532. Il ne faudrait donc pas en conclure que, contrairement au système du Code, qui repose tout entier, ainsi que nous l'avons vu *sup.*, § 94, sur l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent, les règles qui suivent soient fondées sur la présomption de mort de l'absent.]

[2] [Il s'agit, dans ce paragraphe, uniquement des droits *éventuels* de l'absent, c'est-à-dire des droits subordonnés à la condition qu'au moment de leur ouverture l'absent vivait encore, de telle sorte qu'il ait pu la recueillir, et qu'ils n'aient pas été dévolus à d'autres. Les droits *acquis* à l'absent sont l'objet des paragraphes qui précèdent et sont régis par les dispositions relatives à l'envoi en possession provisoire ou définitif.]

[3] Locré, sur l'art. 135; Toullier, 1, n. 477 et s.; de Moly, n. 62; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 145 ; [Demante, n. 107 ; Duranton, 1, n. 535; Marcadé, sur l'art. 135; Demolombe, 2, n. 203; Douai, 15 niv. an XII ; Poitiers, 29 avril 1807 ; Agen, 4 janv. 1808 ; Paris, 27 mai 1808 ; Rennes, 9 avril 1810 ; Colmar, 26 juin 1823 ; Cass., 30 août 1826.] C'est à tort que Maleville, sur l'art. 135, n'applique le principe qu'aux absents déclarés. [L'art. 135 s'applique à tout individu dont l'existence n'est pas reconnue, ce qui comprend évidemment l'absence à tous les degrés.—Des auteurs pensent que des héritiers ne pourraient prétendre avoir seuls droit à l'hérédité, à l'exclusion d'un cohéritier qui ne serait absent que depuis un très-court délai. V. Talandier, p. 7 ; Demante, n. 112. Proudhon, 1, p. 142, est d'une opinion contraire. Nous croyons que c'est là une question abandonnée à l'appréciation des tribunaux, qui auront à juger si l'absence d'un individu s'est prolongée assez longtemps pour que son existence puisse être raisonnablement méconnue.]

[4] Toullier, 1, n. 425; Merlin, *loc. cit.*— L'art. 113 n'est donc pas applicable à ces successions. [Il ne s'applique qu'aux successions ouvertes au profit de l'absent avant sa disparition, ou aux successions ouvertes depuis, mais à l'égard desquelles son existence ne serait pas méconnue, Duranton, 1, n. 534 ; Demolombe, 2, n. 203 ; Bruxelles, 20 juill. 1808 ;] Locré, sur l'art. 135.— L'art. 135 est-il aussi applicable aux militaires absents ? V. Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 136 ; Paris, 25 août 1821 ; Limoges, 15 nov. 1829, et la note 5, au § 93.

[5] [Alors même que le *de cujus* aurait nommé un exécuteur testamentaire auquel il aurait donné l'administration de ses biens jusqu'à ce que le sort de son

tationis, viennent aux lieu et place de l'absent[6], sans que les personnes auxquelles la succession est dévolue soient tenues de fournir caution[7] pour la restitution à l'absent, et sans qu'ils puissent être entravés d'une façon quelconque dans la libre disposition de cette succession[8], art. 136[9]. C'est encore d'après le même principe que l'absent, héritier à réserve, ne doit pas être compté pour déterminer la quotité de la réserve[10]. V. aussi art. 1983.

Il en est autrement lorsque l'absent lui-même se représente, ou que ses héritiers ou successeurs viennent à prouver son décès. Les uns et les autres sont autorisés à exercer tous les droits échus à l'absent depuis sa disparition[11], tant que leur action n'est pas

héritier absent fût fixé, Aix, 30 août 1821 : le sort d'une succession ne peut rester incertain pendant un temps indéterminé. — Mais un testateur pourrait suspendre l'effet de l'art. 136, en disposant que la portion de biens par lui léguée à un absent ne pourra être recueillie par ceux à qui elle serait dévolue à son défaut, qu'après un certain temps, Bruxelles, 3 juin 1809.]

[6] La question de savoir si l'on peut recueillir une succession au lieu et place d'un absent, *jure repræsentationis*, est controversée. Pour l'affirmative, V. Delvincourt, 1, p. 106; Duranton, 1, n. 546 et s.; de Moly, n. 640; [Merlin, *Rép.*, vº *Absent;* Talandier, p. 254; Demante, n. 119; Duranton, 1. n. 545; Valette sur Proudhon, p. 353; Marcadé, sur l'art. 136; Demolombe, 2, n. 209; Delalleau, dissert. dans Sirey, 15, 2, 45]; Paris, 27 janv. 1812; Metz, 28 juin 1814. Pour la négative, V. Locré, sur l'art. 135; Proudhon, 1, 192; Favard, vº *Absence*, sect. 3, § 2. La première opinion a décidément l'équité pour elle. [On peut même dire qu'elle a pour elle le texte de l'art. 136, qui veut que la succession à laquelle l'absent est appelé soit dévolue à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut.]

[7] Rennes, 19 avril 1810; [Demolombe, 2, n. 213; Marcadé, sur l'art. 137. Ils ne viennent pas comme envoyés en possession, mais comme propriétaires.]

[8] Aussi les héritiers présents ne peuvent être tenus, ni de faire dresser un inventaire dans l'intérêt de l'absent, Merlin, *loc. cit.*; [Toullier, 1, n. 480; Locré, sur l'art. 135; de Moly, p. 389; Proudhon, 1, p. 141; Demante, n. 54 et 56; Plasman, p. 68 et 343; Marcadé, sur l'art. 137; Demolombe, 2, n. 213.—*Contrà*, Duranton, 1, n. 394; Delvincourt, 1, p. 106; Rolland de Villargues, vº *Absent*, n. 50]; ...ni d'admettre un notaire au partage. V. art. 113; Toullier, 1, n. 480; [Paris, 27 mai 1808; Bruxelles, 20 juill. 1808; Bordeaux, 16 mai 1832, S. V., 32, 2, 432; Amiens, 12 déc. 1838, Dalloz, 39, 2, 38.—*Contrà*, de Moly, n. 639; Riom, 26 mai 1816; Paris, 26 fév. 1826. V. *sup.*, note 4, et *inf.*, note 14]; Turin, 15 juin 1808; Bordeaux, 16 mai 1832, S. V., 32, 2, 432. — De Moly, 2, 632, est d'une opinion contraire. V. aussi Riom, 20 mai 1816; Paris, 26 fév. 1826. Des art. 135 et 136 ressort évidemment la règle : *Absens, quoad hæreditates ei, postquam abiit, delatas, pro mortuo habendus est.* On a donc admis, avec raison, que bien que le défunt ait ordonné de conserver sa succession à un fils absent, les autres héritiers pouvaient néanmoins se mettre en possession. [V. *sup.*, note 5.]

[9] [Il suit de là que les héritiers auxquels une succession est dévolue à défaut de l'absent, peuvent aliéner ou hypothéquer les biens qui en dépendent, et en disposer. Mais ces aliénations sont-elles irrévocables nonobstant le retour de l'absent? C'est là une question fort complexe, que nous inclinerions à décider généralement par l'affirmative, quand, de part et d'autre, l'aliénation a eu lieu de bonne foi. V. en ce sens, Merlin, *Quest.*, vº *Héritier*, sect. 3; Demolombe, 2, n. 232 et s. — *Contrà*, Toullier, 9, p. 541; Duranton, 1, n. 565; Plasman, p. 168; et Marcadé, sur l'art. 136, n. 3, et sur l'art. 137, n. 4.]

[10] Toulouse, 1er mai 1823; Bordeaux, 11 janv. 1834, S.V., 34, 2, 312; [Marcadé, sur l'art. 136. — Toutefois, si l'absent a laissé des enfants, ceux-ci font nombre par l'effet de la représentation, Duranton, 8, n. 301; Grenier, *des Donat.*, n. 567. V. *sup.*, note 6.]

[11] Il n'y a pas lieu d'appliquer à une

éteinte par la prescription qui court même contre les absents [12]. Toutefois, ils n'ont aucun droit aux fruits perçus de bonne foi, c'est-à-dire dans l'ignorance de l'existence de l'absent, par ceux qui ont possédé en son lieu et place, notamment une succession, et contre lesquels la demande en restitution est dirigée [13], art. 137 et 138.

Le principe énoncé au début du présent paragraphe ne va pas, dans le cas où une succession s'est ouverte au profit de l'absent, jusqu'à interdire aux ayants droit, appelés à son défaut à la recueillir en partie ou en totalité, la faculté de laisser l'absent venir à cette succession ou de l'admettre au partage. Cette faculté leur appartient et ils peuvent l'exercer avec ou sans condition, c'est-à-dire purement et simplement, ou sous la réserve que la succession ou la partie de la succesion attribuée à l'absent leur fera retour si l'absent ne reparaît pas [14]. En l'absence de stipulation particulière, cette réserve se présume [15].

CHAPITRE III.

DE L'EFFET DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE ET A LA PUISSANCE PATERNELLE.

§ 106. *Mariage.*

L'absence de l'un des conjoints ne dissout pas le mariage, même dans le cas où le conjoint absent aurait atteint sa centième année

action de cette espèce la disposition de l'art. 132, relative à une hypothèse entièrement différente. Cette action est régie par les principes qui lui sont propres; par exemple, s'il s'agit d'une pétition d'hérédité, par les principes particuliers à une action de cette nature. [Il suit de là que celui qui est poursuivi par l'absent en pétition de l'hérédité qu'il a appréhendée à défaut de celui-ci, n'est pas libéré par la remise des biens dans l'état où ils se trouvent : il doit l'hérédité tout entière, ou sa valeur, sauf les pertes arrivées par force majeure, Duranton, 1, n. 509 et s.; Toullier, 9, n. 534 et s.; Troplong, *de la vente*, n. 560. V. cependant Demolombe, 2, n. 220 et s.—Quant aux tiers détenteurs, ils ne sont exposés à l'action de l'absent qu'autant que les aliénations faites à leur profit seraient révocables. V. *sup.*, note 9.]

[12] Proudhon, 1, p. 141, 179; [Marcadé, sur l'art. 137.]

[13] L'art. 138 pose deux principes : 1° on ne détient pas *malâ fide* une succession par cela seul que l'on sait qu'un absent a été appelé à cette succession, [pourvu qu'on ignore son existence. V. cependant Cass., 12 déc. 1826]; 2° *Fructus hæreditatem absenti delatam non augent*, L. 20 et 40, Dig.; L. 2, C. *De hær. pet.*—Pour le reste, l'article s'en réfère au droit commun. V. sur cet article, Duranton, 1, n. 585; Cass., 3 avril 1821.

[14] Il y aura lieu alors d'appliquer l'art. 113, Locré, sur l'art. 135; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, sur l'art. 136; Favard, v° *Absence*, sect. 3, § 2.

[15] Proudhon, 1, p. 155; Merlin, *Rép.*, v° *Absent*, et *loc. cit.* [Demolombe, 2, n. 206; Duranton, 1, n. 536.]

depuis sa disparition[1]. Cependant si le conjoint présent a contracté une nouvelle union[2], l'époux absent seul, à l'exclusion de l'époux présent, de son second conjoint, des tiers, et du ministère public, peut attaquer ce mariage[3], par lui-même, s'il est de retour[4], ou par un fondé de pouvoir, chargé spécialement de poursuivre cette action[5], art. 139. La loi a eu pour but, par cette disposition, d'éviter de porter le trouble dans les familles sans nécessité; il faut, par suite, l'appliquer, de préférence à la disposition de l'art. 184, au cas où l'époux présent a contracté un nouveau mariage, même avant la déclaration d'absence de l'autre époux[6]. Du reste, la rédaction de l'art. 139 ne permet pas d'admettre l'opinion d'après laquelle l'exercice du droit de demander la nullité du second mariage contracté par l'époux présent, dans le cas où l'absent a reparu, ou lorsqu'on a reçu de ses nouvelles, se réglerait par l'art. 184[7].

[1] Locré, sur l'art. 116, 139; [de Moly, n. 511; Demolombe, 2, n. 260.]

[2] Si c'est l'époux absent qui contracte un nouveau mariage, il y a lieu d'appliquer le droit commun, c'est-à-dire la disposition de l'art. 184. V. Toullier, 1, n. 529.

[3] [La preuve du fait du premier mariage ne suffit pas pour faire annuler le second : cette nullité ne peut être prononcée qu'autant qu'il est prouvé que le second mariage a eu lieu avant la dissolution du premier, Cass., 21 juin 1831, S. V., 31, 1, 262; et 18 avril 1838, S. V., 38, 1, 296; Demante, n. 123.]

[4] [V. *inf.*, note 7.]

[5] C'est ainsi qu'il faut comprendre ce que dit cet article du fondé de pouvoir, *muni de la preuve de l'existence de l'absent*. V. Maleville, sur l'art. 139, et Vazeille, *Du contr. de mar.*, 1, n. 227; [Demante, n. 136; Demolombe, 2, n. 263. —*Contrà*, Delvincourt, 1, p. 52, note 2; Marcadé, sur l'art. 139. Cette dernière opinion est préférable. L'art. 139 n'exige pas un pouvoir spécial; il exige un mandataire, muni de la preuve de l'existence de l'absent, ce qui n'est pas la même chose, puisqu'un pouvoir spécial eût emporté avec lui la preuve de l'existence du mandant. Il suffit que le mandataire qui, rapportant les preuves de l'existence de l'absent, attaque le second mariage contracté par son conjoint, soit muni de pouvoirs suffisants : les tribunaux apprécieront.]

[6] Lyon, 3 fév. 1830; [Delvincourt, p. 301; Plasman, p. 317; Valette sur Proudhon, 1, p. 301; Marcadé, sur l'art. 139; Demolombe, 2, n. 265.] En sens contraire, Douai, 16 mai 1837, S. V., 37, 2; Vazeille, *Du contr. de mar.*, 1, n. 225. [L'art. 139 parle en effet de l'absent sans faire aucune distinction entre l'absent présumé et l'absent déclaré; et c'est avec raison, puisque dans l'un et l'autre cas il y a incertitude sur l'existence de l'absent.]

[7] *Lex non distinguit*. [La rédaction vicieuse de l'art. 139 a induit des auteurs à penser qu'après le retour de l'absent, lui seul, ou son fondé de pouvoir, pouvaient attaquer le second mariage contracté par le conjoint pendant l'absence, Toullier, 1, n. 484; Merlin, *Rép.*, vº *Absence*, art. 139; de telle sorte que s'il ne convenait pas à l'absent de l'attaquer, le scandale de la bigamie persisterait sans que personne pût y mettre ordre. Cette conséquence suffit pour faire juger le système qui la produit. L'art. 139 ne veut dire qu'une chose, c'est que, tant que l'absence dure, c'est-à-dire, tant qu'il y a incertitude sur l'existence de l'absent, personne ne peut attaquer le second mariage de son conjoint; l'attaque ne devient possible que lorsque l'absent se présente lui-même, ou lorsque son mandataire se présente pour lui avec la preuve de son existence. Alors le droit commun reprend son empire et le mariage peut être attaqué par tous ceux qui y ont intérêt, Delvincourt, p. 286; de Moly, p. 292; Duranton, 1, n. 527 et 2, n. 323; Favard, vº *Absent*; Demante, n. 124; Plasman, p. 319; Valette sur Proudhon, p. 302; Marcadé, sur l'art. 139; Demolombe, 2, n. 264.]

§ 107. *Puissance paternelle*[1].

Il faut, au point de vue des effets de l'absence, relativement à la puissance paternelle, faire les distinctions suivantes :

1° Si le père disparaît laissant des enfants mineurs non émancipés, la mère le remplace[2] provisoirement pour leur éducation et pour l'administration de leurs biens[3].

2° Si, dans la même hypothèse, la mère est morte, ou si elle vient à décéder dans la suite, le conseil de famille déférera la tutelle[4] des enfants laissés par le père absent aux ascendants les plus proches[5], et, à leur défaut, à un tuteur provisoire. Mais

[1] [Les règles contenues dans ce chapitre ne s'appliquent qu'à la présomption d'absence : c'est ce qui résulte du texte même des art. 141, 142, 143. Après la déclaration d'absence on entre donc sous l'empire des règles du droit commun en matière de tutelle, c'est-à-dire qu'il y a lieu à la tutelle légale de l'époux présent, à la tutelle des ascendants, à la tutelle testamentaire si l'absent a laissé un testament, enfin à la tutelle dative : la succession de l'absent étant provisoirement ouverte par le fait de la déclaration d'absence, tout doit se passer provisoirement comme si l'absent était mort. V. Demolombe, 2, n. 334 et s.; Marcadé, sur l'art. 143.]

[2] Dans ce cas les droits de la mère sont réglés par l'art. 389, Duranton, 1, n. 518; Delvincourt, sur l'art. 141. [C'est-à-dire que la mère n'exerce pas une tutelle, mais le droit d'administration qui, aux termes de l'art. 389, appartient au père qu'elle remplace, Demolombe, 2, n. 312; Marcadé, sur l'art. 141.] En sens contraire, Locré et Maleville, sur l'art. 141; de Moly, n. 200. [Mais on ne doit pas s'arrêter à l'opinion de ces auteurs. — De ce que, dans notre hypothèse, la mère n'exerce pas une tutelle, il suit qu'il n'y a pas lieu à la nomination d'un subrogé tuteur, Talandier, p. 307; Demante, n. 150; Magnin, 1, n. 114; Plasman, p. 308. — *Contrà*, de Moly, p. 113; Toullier, 1, n. 458; Duranton, 1, n. 518. — La mère, se trouvant aux lieu et place du père, peut faire seule et sans autorisation tous les actes d'administration ; mais, pour les actes d'aliénation, elle doit se faire autoriser par justice, et non par le conseil de famille, car n'y ayant pas de tutelle, il n'y a pas de conseil de famille, Demolombe, 2, n. 317. V. Proudhon, 1, p. 309.]

[3] Par quels principes l'usufruit légal est-il alors réglé ? V. Duranton, 1, n. 521. [L'usufruit légal étant dans le patrimoine du mari, la mère ne peut faire sien le bénéfice de cet usufruit que lorsque la déclaration d'absence lui donne un droit personnel à l'administration des biens de ses enfants, dont elle devient tutrice légale; mais, dans ce cas, la déclaration d'absence a un effet rétroactif au jour des dernières nouvelles, et consolide entre les mains de la mère les produits de cet usufruit par elle perçus, Duranton, *loc. cit.*; Demolombe, 2, n. 218. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 141, qui accorde l'usufruit à la mère sans distinction, pour tout le temps où son administration a remplacé celle du mari. — Le droit de correction passe du père absent à la mère présente ; mais ce droit est soumis aux mêmes restrictions que si elle était veuve, Delvincourt, 1, p. 48, note 1; Duranton, 1, n. 519; Demante, n. 153; Plasman, p. 304; Marcadé, sur l'art. 141; Demolombe, 2, n. 313. — Sur le point de savoir si la mère peut seule consentir au mariage de ses enfants, V. *inf.* le titre du *Mariage*.— Peut-elle les doter ? V. le titre du *Contrat de mariage*. — Les émanciper ? V. le titre de la *Minorité*.]

[4] L'art. 142 ne parle que de *surveillance*. En réalité, cette surveillance est une tutelle, de Moly, n. 192, 199; [Marcadé, sur l'art. 142.— Nous croyons qu'il faut distinguer : si la surveillance est déférée par le conseil de famille à un ascendant (V. la note suivante), il n'y a pas tutelle, il n'y a que surveillance. Ce n'est pas là la tutelle légitime des ascendants, puisque le conseil de famille intervient, Demolombe, 2, n. 321 et s.—Si, au contraire, n'y ayant pas d'ascendants, le conseil de famille nomme un tuteur provisoire, alors il y a tutelle, Demolombe, 2, n. 322.]

[5] [*Aux ascendants les plus proches*,

cette délation de tutelle ne pourra avoir lieu que six mois après la disparition du père.

3° Lorsque c'est la mère qui disparaît, le père conserve sur ses enfants tous ses droits de puissance paternelle, comme si la mère était présente et en vie[6].

4° Si, dans cette dernière hypothèse, le père est mort ou s'il vient à décéder dans la suite, il y a lieu d'appliquer les règles énoncées ci-dessus au n. 2[7];

Les règles que l'on vient d'exposer s'étendent au cas où l'absent laisse des enfants d'un précédent mariage. V. art. 142, 143.

Les questions qui s'élèvent au sujet de l'interprétation des art. 141 à 143 doivent se résoudre d'après l'esprit qui a inspiré la rédaction de ces articles, c'est-à-dire en prenant en considération tous les intérêts engagés dans les diverses hypothèses[8]. Ainsi, par exemple, il faudra reconnaître, en faveur de l'époux présent, le droit de nommer, pour le cas où il viendrait à décéder, un tuteur testamentaire aux enfants issus de son mariage avec l'absent.

TITRE V.

DU MARIAGE.

—

Articles 144 à 228.

—

SOMMAIRE.

INTRODUCTION.

§ 108. — Définition du mariage.
§ 109. — Historique de la législation sur le mariage.

CHAPITRE Ier. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES DU MARIAGE.

§ 110. — Consentement. — Capacité morale et physique. — Célébration.

CHAPITRE II. — DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

§ 111. — Des publications de mariage.

ce qui implique le droit du conseil de famille de choisir parmi les ascendants les plus proches, Demolombe, 2, n. 321. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 142, d'après lequel la tutelle appartient à l'ascendant le plus proche.]

[6] Duranton, 1, n. 516; [Demolombe, 2, n 310; Marcadé, sur l'art. 143.]

[7] [Marcadé, sur l'art. 143.]

[8] Avec les auteurs déjà cités, V. sur ces articles en général, Proudhon, 1, n. 167; [Marcadé, sur les art. 141 et s.; Demolombe, 2, n. 310 et s.]

CHAPITRE VII. — DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE, ET DES SECONDS MARIAGES.

INTRODUCTION.

§ 108. *Définition du mariage.*

En droit naturel, le mariage implique l'union charnelle de deux personnes de sexe différent : *Jure naturali non datur matrimonium sine copulâ carnali.* Cette union, consommée dans des conditions qui ne présentent rien de contraire à la loi écrite, constitue un mariage valable suivant le droit naturel et suivant le droit positif : *Matrimonium est copula carnalis legitima.*

D'après les principes du droit français[1], le mariage est l'union de deux personnes de sexe différent, à laquelle la loi, moyennant l'accomplissement solennel de toutes les formalités prescrites, attribue, sous réserve toutefois de l'action en nullité, les mêmes effets juridiques qu'au mariage dans le sens du droit naturel[2], [lors même que l'accomplissement de ces formalités n'aurait été suivi d'aucun commerce charnel.]

Le droit français exige pour l'existence du mariage : 1° le consentement des deux parties contractantes, c'est-à-dire de l'homme et de la femme, art. 146 ; 2° l'observation de certaines formalités prescrites par la loi, art. 165 combiné avec les art. 75 et 170 ; 3° il exige de plus que la preuve de l'accomplissement de ces formalités soit fournie, conformément aux dispositions particulières des lois à cet égard, art. 194-200. Lorsque l'une ou l'autre de ces conditions n'a pas été remplie, le mariage est nul de plein droit.

[1] Le projet du Code civil contenait, dans un article spécial, cette définition du mariage : « Le mariage est un contrat dont la durée est, dans l'intention des époux, celle de la vie de l'un d'eux. » [Portalis l'a défini d'une manière plus complète, en disant qu'il est « La société de l'homme et de la femme, qui s'unissent pour perpétuer leur espèce, pour s'aider, par des secours mutuels, à porter le poids de la vie, et pour partager leur commune destinée» (*Exposé des motifs*).]

[2] Plusieurs coutumes françaises faisaient, ainsi que l'ancien droit germanique, dépendre certaines conséquences juridiques du mariage, de la présomption de consommation du mariage *per conscensionem thalami*. Ainsi, par ex., elles ne faisaient courir la communauté de biens conjugale qu'un an et un jour après la célébration du mariage. [Selon d'autres coutumes, la femme *gagnait son douaire au coucher* (Normandie, 533), ou *ayant mis le pied au lit* (Bretagne, 450).—V. Loisel, *Inst. cout.*, règle 111.] Il en est autrement sous le Code civil. V. Merlin, *Rép.*, v° *Communauté*, § 2, n. 2; Locré, *Esp. du C. Nap.*, 2, p. 184. [Le droit actuel, plus scrupuleux et plus spiritualiste, s'est approprié cette règle, qu'avait déjà trouvée le formalisme du droit romain : *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*, L. 30, Dig., *De reg. jur.*—V. Montpellier, 4 mai 1847, S. V., 47, 2, 418.]

Dans le cas contraire, c'est-à-dire si ces conditions ont été remplies, les conjoints sont considérés comme époux légitimes, sans préjudice toutefois du droit qui leur appartient, dans les cas prévus par la loi, de demander la nullité de leur mariage comme contraire à une disposition légale [3].

[3] Il est de la plus grande importance, non-seulement au point de vue purement théorique, mais encore sous le rapport pratique, de bien distinguer les conditions essentielles du mariage des conditions de la validité du mariage. Les premières concernent une question de fait, la question de savoir si le fait que les lois qualifient de mariage a eu lieu ou n'a pas eu lieu; les secondes concernent une question de droit, la question de savoir si le mariage, constant en fait, doit être considéré comme valable en droit : question qui ne peut se présenter qu'autant que l'on suppose déjà l'existence d'un mariage et, par conséquent aussi, l'existence des conditions essentielles d'un mariage. Si les conditions de la validité du mariage manquent, ce mariage doit néanmoins être considéré comme valable provisoirement et jusqu'à ce que la nullité en soit déclarée par le juge sur l'action en nullité dirigée contre le mariage. Si, au contraire, une seule des conditions essentielles vient à manquer, il n'y a point de mariage, et il n'est point nécessaire de recourir à une action en nullité. Il peut, il est vrai, en certains cas, quoique les conditions essentielles d'un mariage n'existent pas, être nécessaire d'intenter une action; et c'est ce qui a lieu notamment lorsque le fait d'un mariage contracté existe en apparence; par exemple, lorsqu'il résulte d'un acte de mariage qu'une personne qui n'était point physiquement en état de déclarer sa volonté aurait néanmoins contracté mariage. Mais alors la question ne porte pas sur la validité du mariage; elle porte seulement sur le point de savoir si un mariage a été contracté de fait. Il suit de là que cette action n'est pas soumise aux principes qui régissent l'action en nullité. [V. *inf.*, ch. 4, sect. 3.] —Telle est aussi la doctrine du droit canon. Ainsi, par exemple, le mariage contracté par une personne en démence ou qui se trouvait dans le dernier degré de l'ivresse n'est pas un mariage; mais il n'y a pas là *impedimentum furoris vel ebrietatis*, C. 24, 10, *De sponsalibus*. Toute la difficulté est donc dans la détermination des conditions essentielles, ou, ce qui revient au même, des conditions de fait d'un mariage. Cependant des jurisconsultes paraissent admettre qu'il suffit, pour l'essence du mariage, qu'un homme et une femme se trouvent unis par un acte de mariage. Je dis *paraissent*, car ils ne développent pas complétement leur opinion. Dans ce système, dès qu'il y a un acte de mariage, le mariage existe, et dès lors ne peut être attaqué qu'au moyen de l'action en nullité et, par conséquent, seulement dans les cas spécialement déterminés par la loi. L'une et l'autre opinion diffèrent entre elles dans leurs conséquences, particulièrement en ce qui concerne l'interprétation de l'art. 146 combiné avec l'art. 180. L'art. 146 dit : « Il n'y a point de mariage sans consentement », tandis que l'art. 180 porte qu'un mariage peut être attaqué comme nul, si le consentement des époux n'a pas été libre, ou s'il y a eu erreur dans la personne. D'après notre opinion, ces articles ont trait à deux cas différents : l'art. 146 à une condition de fait du mariage, *consensus*; l'art. 180 à deux empêchements de mariage, *impedimenta vis et erroris*. D'après l'autre opinion, au contraire, l'art. 180 ne ferait que déterminer plus exactement les cas dans lesquels, suivant l'art. 146, le mariage peut être attaqué comme nul, *ob deficientem consensum*. Mais cette interprétation est évidemment en désaccord avec la teneur littérale de l'art. 180; et comment d'ailleurs une interprétation d'après laquelle le mariage même d'une personne frappée d'aliénation mentale devrait être maintenu, serait-elle conciliable avec l'intention du législateur? V. § 110. [C'est cette distinction, très-nettement et très-clairement formulée ici entre le mariage *non existant* et le mariage *annulable*, qui sert de base aux divisions suivies dans ce Titre. Cette distinction, fondée à la fois sur la raison et sur la loi même, est admise par Marcadé, sur l'art. 146, et par Demolombe, 3, n. 240 et s.; mais elle est rejetée, plus ou moins formellement, par Toullier, 1, n. 601; Duranton, 2, n. 263; Delvincourt, 1, p. 70; Vazeille, du *Mariage*, 1, n. 215 et s.; et Allemand, du *Mar.*, 1, n. 505 et s.]

§ 109. *Historique de la législation sur le mariage.*

L'ancienne législation du mariage avait pour source le droit canon ; aussi se rapprochait-elle, dans ses dispositions principales, du droit qui, durant le moyen âge, régissait cette matière dans tous les Etats d'origine germanique, et qui la régit encore aujourd'hui dans plusieurs de ces Etats. Le droit consacré par l'Eglise catholique, à l'égard du mariage, était en même temps le droit adopté par l'Etat. Aussi les demandes en divorce, par exemple, n'étaient pas admises. Les mariages des protestants étaient également soumis à cette règle, sauf cependant les exceptions stipulées en leur faveur par des traités internationaux, pour quelques provinces auparavant allemandes, lors de leur réunion à la France. Néanmoins, des ordonnances royales contenaient plusieurs dispositions qui faisaient dépendre de conditions particulières la validité civile du mariage ; et, d'un autre côté, la juridiction des tribunaux séculiers, en matière matrimoniale, avait aussi plus d'étendue que dans les autres Etats dont nous venons de parler. V. l'édit de 1556, l'ordonnance de Blois, la déclaration de 1639, l'édit de 1697.

Cet état de choses fut complétement changé par la Révolution. Le but du législateur de cette époque était de rendre l'Etat et par suite la législation de l'Etat, en général, et partant aussi la législation du mariage, indépendants de l'Eglise. Aussi, dès le commencement de la Révolution, la Constitution de 1791 (titre 2, art. 7) établit-elle en principe que la loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. Ce principe fut ensuite développé dans plusieurs lois, mais selon l'esprit qui régnait à cette époque, c'est-à-dire d'une manière qui portait essentiellement atteinte à la dignité et à la sainteté du mariage. Les choses s'aggravèrent au point qu'il fut permis aux deux conjoints de dissoudre à leur gré le lien qui les unissait, comme si le mariage eût été un simple contrat de société. V. les lois du 20 sept. 1792, du 8 niv. an II, du 4 flor. an II, du 24 vendém. an III, du 15 therm. an III, et la loi du 1er jour complémentaire de l'an V, qui remédia à quelques-unes des imperfections du droit intermédiaire.

Tel était l'état de la législation en ce qui touche le mariage, au moment de la rédaction du Code civil. Dans aucune autre partie peut-être il n'y eut tant à reprendre, ni tant de méprises du droit intermédiaire à réparer. On ne tarda pas néanmoins à tomber d'accord sur le plan du travail. Il fut arrêté, en premier lieu, qu'on resterait fidèle au principe établi par la Constitution de 1791. Les

règles relatives au mariage, contenues dans le Code civil, font, en conséquence, abstraction des opinions religieuses des citoyens; et bien que la nouvelle législation laisse à chacun, comme le veut la justice, la faculté de se conformer en outre, dans la célébration de son mariage, aux préceptes de son culte [Pén., 199, 200], la validité du mariage et ses effets civils dépendent uniquement de la loi civile. Aussi l'autorité judiciaire est-elle seule compétente pour toutes les questions relatives à la validité ou aux effets civils du mariage. L'admission de la séparation de corps, à côté du divorce, et pour les mêmes causes, est le seul point où apparaisse l'intention de tenir compte des croyances religieuses des citoyens : le législateur a voulu que les personnes qui regardaient le divorce comme incompatible avec la profession de foi catholique pussent recourir à la séparation de corps. On chercha, en second lieu, à éviter l'écueil contre lequel avait échoué le droit intermédiaire, et l'on s'appliqua à rendre au mariage le caractère de dignité et de sainteté dont les lois de la Révolution l'avaient presque entièrement dépouillé. Pour tout ce qui concerne les formalités à observer relativement à la conclusion du mariage, les empêchements de mariage et la puissance maritale, on pouvait s'en tenir, en grande partie, à l'ancien droit, et c'est aussi ce qui fut fait. On n'entra dans une voie nouvelle, et par cela même plus difficile, que dans la théorie du divorce. Aussi peut-on soutenir avec raison que cette partie de la législation sur le mariage est la moins heureusement réussie de tout le travail. Le divorce par consentement mutuel et le divorce pour injures graves rappellent encore les aberrations du droit intermédiaire. V. *sup.*, § 15.

Jusqu'à la Restauration, la législation du Code civil sur le mariage subit peu de changements. Toutefois, dès avant cet événement, les rapports du Code civil avec la doctrine de l'Eglise catholique, en fait de mariage, avaient occasionné l'adoption de quelques dispositions supplémentaires. Partout, en effet, où la doctrine juridique de l'Eglise catholique sur le mariage se maintient en vigueur, ne fût-ce qu edans son application religieuse, à côté d'une législation distincte de l'Etat sur la même matière, des conflits sont inévitables [V. *inf.*, chap. 4]. Ces mêmes rapports de situation amenèrent, sous le gouvernement royal, l'abolition complète du divorce par la loi du 8 mai 1816[1].

[1] Cette loi, en abolissant le divorce, a-t-elle privé un époux, dont le divorce a été prononcé sous le régime de l'ancien droit, de la faculté de contracter un nouveau mariage du vivant de son conjoint? *Oui*, Nancy, 30 mai 1826. — *Non*, Paris, 30 août 1824. — V. *inf.*, § 126, note 3.

Depuis la révolution du mois de juillet 1830, l'abrogation de cette loi et le rétablissement des anciennes dispositions du Code civil sur le divorce ont été souvent proposés, tant par les organes de la presse que dans la Chambre des députés, mais sans succès. [Si, dans les premiers jours qui ont suivi la révolution de 1848, le divorce a eu quelques chances de rétablissement, il les a perdues depuis. Toutefois, pour exposer complétement ici la législation civile telle qu'elle se trouve dans le Code, nous traiterons en son lieu, quoique très-succinctement, de la matière du divorce, d'autant plus que c'est là qu'il faut chercher presque toutes les règles de la séparation de corps. V. *inf.*, tit. 6.]

CHAPITRE I.

DES CONDITIONS ESSENTIELLES DU MARIAGE.

§ 110. *Consentement. — Capacité morale et physique. — Célébration.*

Les conditions essentielles à la validité d'un mariage sont : 1° le consentement des parties, art. 146. — Si donc un acte de mariage porte que deux personnes ont contracté mariage, bien qu'il y ait absence de consentement de la part de l'une d'elles, dans le cas, par exemple, où il y a eu substitution de personne [1], le mariage doit être considéré de plein droit comme non existant [2]. Il en est de même si l'une des parties se trouvait, au moment du mariage, en état de fureur, de démence ou d'imbécillité [3], arg. art. 146. Il n'est

[1] [Dans ce cas, il y a erreur sur la personne physique, sur l'individu; mais il faut pour cela que la substitution porte sur une personne connue; par exemple, si à la place de Jeanne que je connais, on m'amène une femme voilée qui n'est pas Jeanne, mon consentement qui se rapporte à Jeanne ne pouvant se rencontrer avec celui de la femme qui est devant moi et qui n'est pas Jeanne, il n'y a pas de contrat. Si, au contraire, la substitution portait sur une personne inconnue, mon consentement se rapportant à la personne qu'on me présente, laquelle, par erreur, je crois autre qu'elle n'est, il y aurait consentement et contrat, mais contrat susceptible d'être annulé, parce que le consentement n'aurait été donné que par erreur sur les qualités de la personne, Pothier, *Contr. de mar.*, n. 308 et s.; Marcadé, sur l'art. 180. V. aussi Demolombe, 3, n. 127, et Desquiron, *Preuve test.*, p. 120, et *inf.*, § 127, note 4.]

[2] Il n'est pas nécessaire dans ce cas de recourir à une demande en nullité : il suffirait de procéder par la voie de l'inscription de faux contre l'acte de mariage, Duranton, 2, n. 264.

[3] La question de savoir dans quelles limites une personne qui n'est pas saine d'esprit peut contracter un mariage, ou du moins un mariage valable, est controversée. V. plus haut, § 108, note 3. Quelques auteurs apprécient le mariage de l'interdit d'après les art. 502 et s., qui le déclarent incapable de contracter. D'autres déduisent de l'art. 174, n. 2, la proposition que la démence n'est qu'un

même pas nécessaire que l'interdiction ait été prononcée à l'époque du mariage ; il suffit qu'il puisse être établi (et c'est là un point qui est remis à l'appréciation souveraine du juge) que l'une des parties se trouvait, au moment du mariage, dans une situation morale ou mentale exclusive de la réflexion et du jugement [4]. Il en serait encore de même si l'une des parties, sans être précisément aliénée, ou imbécile, s'était néanmoins trouvée, au moment de la conclusion du mariage, privée de l'usage de sa raison, soit qu'elle fût dans un état de complète ivresse, soit qu'elle fût moribonde ou qu'elle eût autrement perdu la conscience de son état [5], arg. art. 146. Mais, d'un autre côté, rien n'empêche que des sourds-muets, pourvu qu'ils soient en état de faire acte de volonté, par écrit ou au moyen des signes, puissent contracter mariage [6].

2° La capacité civile des parties contractantes.—Ainsi le mariage contracté par une personne frappée de mort civile est nul de plein droit [7], art. 25, § 7.

3° Les éléments de la capacité physique. — Le mariage ne peut s'accomplir qu'entre homme et femme. Ainsi le mariage avec un castrat [8] ou avec une personne tout à fait impropre à la génération,

impedimentum impediens. Cependant l'art. 146 contient la décision immédiate de cette question, puisqu'il n'y a pas mariage sans consentement, et que l'interdit ne peut consentir, Toullier, 1, n. 502; Duranton, 2, n. 27; Vazeille, 1, n. 88 et 239 ; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2 ; [Marcadé, 1, p. 454.—Il en est ainsi lors même que l'interdit aurait des intervalles lucides, parce que son incapacité légale n'a pas d'intermittences, et que rien ne peut constater la lucidité momentanée de son intelligence, Mêmes autorités.—*Contrà*, Demolombe, 2, n. 127; Cass., 12 nov. 1844, S. V., 45, 1, 246.]

[4] [Paris, 18 mai 1818. Mais dans ce cas il faudrait prouver l'état de démence au moment du mariage : tandis que lorsqu'il y a interdiction prononcée, la preuve est toute faite d'avance. — L'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut être assimilé à l'interdit : son incapacité ne porte aucune atteinte à la validité de son consentement, Nancy, 3 déc. 1838, S. V., 39, 2, 283; Caen, 19 mars 1839, S. V., 39, 2, 275; Duranton, 2, n. 35; Vazeille, 1, n. 90 ; Demolombe, 3, n. 21.]

[5] V. cependant Toulouse, 26 mars 1824. — V. aussi *inf.*, § 113, n. 9.

[6] On était convenu dans le Conseil d'Etat que l'on déterminerait dans un article spécial la manière dont les sourds-muets auraient à déclarer leur consentement au mariage. Toutefois il n'a pas été donné suite à cette résolution. Il était plus naturel, en effet, de laisser la question à la décision de l'officier de l'état civil et du juge, Locré, sur l'art. 146 ; Duranton, 2, n. 39 ; Vazeille, 1, n. 91; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, § 2 ; [Marcadé, sur l'art. 146; Demolombe, 3, n. 24.]

[7] V. *sup.*, § 67. [Même lorsqu'il y a eu cohabitation après la cessation de la mort civile, Cass., 16 mai 1808 ; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 3, § 1, n. 3; Demolombe, 2, n. 242.—*Contrà*, Cass., 19 juin 1811. — Mais il en est autrement de ceux qui, par suite d'une condamnation à une peine afflictive et infamante, sont, aux termes de l'art. 29 du Code pénal, en état d'interdiction légale : cette interdiction, qui ne touche pas à la capacité de consentir, et qui n'est relative qu'à l'administration des biens, ne peut avoir aucune influence sur la validité du mariage. Si l'interdit pour cause de démence ne peut valablement contracter mariage, ce n'est pas parce qu'il est interdit, mais parce qu'il est en état de démence, Demolombe, 3, n. 130.—*Contrà*, Duranton, 2, n. 36 et s.; Vazeille, 1, n. 87.]

[8] Toullier, 1, n. 526. [V. la note suivante.]

par suite de quelque vice ou de quelque lésion des organes génitaux[9], ou entre deux personnes du même sexe[10], doit être considéré comme non avenu, ou, pour parler exactement, ne constitue jamais un mariage.

[4° La célébration solennelle du mariage devant un officier de l'état civil[11].]

Le fait de l'existence réelle du mariage manquant lorsqu'une de ces conditions vient à faire défaut, il en résulte que, en droit strict, la nullité ou la non-existence du mariage peut être invoquée

[9] Il faut distinguer entre l'impuissance qui résulte d'une faiblesse de l'organisation, et l'impuissance qui a sa cause dans un défaut de conformation extérieure ou dans la destruction des organes. Le Code Napoléon ne mentionne pas ces deux espèces d'impuissance. Tout au contraire, l'*impedimentum impotentiæ* fut expressément rejeté dans le Conseil d'Etat, sans que l'on eût égard à la distinction entre les différentes espèces d'impuissance, soit en raison de la difficulté de la preuve, soit afin d'obvier au scandale qu'occasionnent les débats judiciaires en pareille matière, bien que l'impuissance qui résulte d'un vice extérieur de conformation soit facile à prouver. On doit voir dans cette dernière espèce d'impuissance, non pas un empêchement de mariage, mais une raison de non-existence du mariage, *quia conjux non habet sexum*. Les interprètes du Code Napoléon sont partagés d'opinion sur ce point. Tous posent ainsi la question : Y a-t il, d'après le Code Napoléon, un *impedimentum impotentiæ?* Quelques-uns répondent négativement, d'autres affirmativement, mais sans donner de motifs; d'autres encore admettent en fait la distinction ci-dessus proposée. Ceux qui admettent l'*impedimentum impotentiæ* absolument ou relativement le rangent sous l'art. 180, c'est-à-dire parmi les *impedimenta erroris*. V. Locré, 3, p. 94; Delvincourt, 1, p. 206; Vazeille, 1, n. 93; Toullier, 1, n. 525; Merlin, *Rép.*, et Favard, v° *Impuiss.*; Trèves, 27 janv. et 1er juill. 1808. Bien que les auteurs du Code n'aient pas eu de raisons suffisantes pour omettre l'empêchement résultant de l'impuissance, cette omission peut néanmoins se justifier par cette circonstance que le Code avait admis le divorce par consentement mutuel, V. § 145; mais ce motif n'existe plus depuis la loi du 8 mai 1816. [Complétons ces explications. On peut ramener à trois les divers systèmes qui se sont produits en matière d'impuissance. Le premier, se fondant sur l'intention du législateur, ne l'admet jamais, de quelque nature qu'elle soit, comme cause de nullité de mariage, Gênes, 7 mars 1811; Riom, 30 juin 1828; Besançon, 28 août 1840, S. V., 40, 2, 444.—Le second admet l'impuissance accidentelle, la castration, par exemple; mais il repousse l'impuissance naturelle, lors même qu'elle se manifesterait extérieurement par un vice de conformation, Toullier, 1, n. 525 et s.; Duranton, 2, n. 67 et s.— Le troisième admet l'impuissance quand elle se manifeste par un vice extérieur, sans distinguer entre l'impuissance naturelle et l'impuissance accidentelle. V. les arrêts précités de Trèves; Merlin, Vazeille, *loc. cit.*; Valette sur Proudhon, 1, p. 395; Demolombe, 3, n. 254; Marcadé, 1, p. 419. C'est l'opinion de Zachariæ, et c'est aussi la nôtre, en faisant observer toutefois qu'il faut que cette impuissance soit antérieure au mariage, Delvincourt, 1, p. 361; Duranton, 2, n. 69.]

[10] Merlin, *Rép.*, v° *Hermaphrodite*.

[11] [Il n'y aurait pas de mariage s'il était célébré par un individu sans caractère, par un magistrat autre que l'officier de l'état civil, Cass., 10 août 1819; par un prêtre, Paris, 18 déc. 1837, S. V., 38, 2, 113. V. Demolombe, 3, n. 205 et 240; Marcadé, 1, p. 453. — Quant à la célébration religieuse du mariage, elle n'est pas une des conditions de l'existence du mariage considéré comme contrat civil. Nous ne croyons même pas que le refus de l'un des conjoints de consentir à cette célébration puisse être une cause de nullité de mariage, pour erreur sur l'identité et sur les qualités de la personne, Montpellier, 4 mai 1847, S. V., 47, 2, 418; Thierriet, *Rev. de législ.*, 1846, 3, p. 161, et 1847, 1, 370.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 180, et *Rev. de législ.*, 1846, 3, p. 342; Bressolles, même *Rev.* 1844, 2, p. 146. V. au surplus, *inf.*, § 127, note 4.]

par toutes les parties intéressées, soit par voie d'action, soit par voie d'exception [12].

CHAPITRE II.

DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

§ 111. *Des publications de mariage.*

La célébration du mariage doit être précédée de deux bans ou publications officielles de la résolution prise par deux personnes de s'unir par mariage [1], art. 63. — Les publications sont faites par l'officier de l'état civil de la commune où les époux ont leur domicile, c'est-à-dire dans laquelle ils habitent au moins depuis six mois, art. 74 et 167. Mais, lorsque ce domicile spécial, auquel peut aussi avoir lieu la célébration du mariage, n'est pas en même temps le domicile général ou ordinaire de la partie, V. § 88, ou que, étant le domicile général ou ordinaire de la partie, il ne se trouve pas encore établi par une année révolue, les publications doivent être faites, en outre, au lieu du domicile ordinaire ou du dernier domicile [2], art. 166, 167.—Si les parties ou l'une d'elles se trouvent,

[12] Nous disons en droit strict, car dans certains cas, *ob vitium animi*, notamment si l'infirmité cesse dans la suite, et *ob impotentiam*, une action ne paraît devoir être accordée, d'après les art. 180 et 185, qu'à l'époux seul qui souffre du préjudice. [Cette opinion de notre auteur manque de logique : il ne s'agit pas ici d'un mariage annulable, et qui puisse devenir valable par une modification des circonstances qui en déterminent la nullité, ou par la ratification ; mais d'un mariage non existant, et qui dès lors ne peut recouvrer l'être qu'il n'a jamais eu. Il suit de là que la nullité ou la non-existence de ce mariage peut être proposée par tous ceux qui y ont intérêt, notamment par les collatéraux, spécialement dans le cas de démence, Magnin, 1, n. 159; Vazeille, 1, n. 240. V. aussi Demolombe, 3, n. 129. Il est vrai que d'autres auteurs, Duranton, 3, n. 53 ; Troplong, *Rev. de lég.*, 21, p. 53, ainsi que la jurisprudence, V. Cass., 12 nov. 1844. S. V. 45, 1, 246 ; et Colmar, 27 déc. 1852, S. V., 52, 2. 488, se prononcent en sens contraire. Mais ces auteurs et ces arrêts ne se placent pas au point de vue d'un mariage inexistant pour défaut de consentement, ils se placent au point de vue d'un mariage annulable, et font régir la question par l'art. 184. Or, c'est là une erreur capitale qui devait les conduire à la fausse conséquence à laquelle ils sont arrivés.]

[1] V. pour ce parag. et pour le suivant, la déclaration du 9 avril 1736.

[2] C'est ainsi que les art. 166 et 167 sont interprétés par Delvincourt, sur l'art. 166, et par Duranton, 2, n. 230. V. aussi Locré, 2, p. 134; Vazeille, 1, n. 154; [Marcadé, sur ces art.; Demolombe, 3, n. 189; Valette sur Proudhon, 1, p. 387. Les art. 166 et 167 ne nous paraissent d'ailleurs présenter aucune difficulté en ce qui concerne les publications qui doivent toujours être faites au domicile actuel, provisoire ou définitif, et à l'ancien domicile abandonné pour toujours ou momentanément ; dans tous les cas où le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence. Il n'y a de difficulté sérieuse que dans la combinaison de ces articles avec l'art. 74, quand il s'agit de déterminer le domicile où le mariage doit être célébré. V. sur ce point *inf.*, § 112, note 1.] — La disposition des art. 166 et 167 a été aussi déclarée applicable à l'armée par un avis du Conseil d'État du 4e jour complémentaire an XIII. V. Toullier, 1, n. 561.

relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, et si elles ont besoin, pour se marier, du consentement de leurs ascendants ou d'un tuteur, § 127, les publications doivent être faites en même temps à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquelles elles se trouvent[3], art. 168.

L'officier de l'état civil ne peut faire les publications que sur la réquisition des futurs ou de leur mandataire muni de pouvoirs réguliers, et lorsque aucun doute ne s'élève sur leur identité. A cet effet, les parties fournissent à l'officier de l'état civil les renseignements nécessaires aux énonciations que doivent contenir les publications, sans être obligées toutefois de produire, à ce moment, les pièces justificatives de ces renseignements[4].

Les publications et l'acte qui en est dressé par l'officier de l'état civil doivent contenir : les prénoms, noms, professions et domiciles des futurs époux ; la déclaration qu'ils sont majeurs ou mineurs, et les prénoms, noms, professions et domiciles de leurs pères et mères. L'acte doit énoncer, en outre, le jour et l'heure, ainsi que le lieu de la publication, art. 63.

Les publications doivent être faites à deux reprises, un jour de dimanche[5], à huit jours d'intervalle[6], à une heure convenable[7],

[3] La disposition de l'art. 168 n'est applicable ni directement ni par voie d'interprétation au cas où le futur époux étant majeur n'a pas besoin du consentement des ascendants, mais est seulement tenu de leur demander conseil, art. 151 et s., Maleville, sur l'art. 168 ; Vazeille, 1, n. 155; [Toullier, 1, n. 562 ; Demolombe, 3, n. 190.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 168.]—Il y a controverse sur le point de savoir si l'art. 168 s'applique au cas où le consentement du conseil de famille, art. 160, est nécessaire à l'un des futurs pour qu'il puisse contracter mariage. Pour l'affirmative, et c'est l'opinion qui nous paraît préférable, V. Delvincourt, sur l'art. 168; [Marcadé, sur l'art. 168; Demolombe, 3, n. 190.]—En sens contraire, V. Proudhon, 1, p. 216. — Dans ce cas, la publication doit être faite au lieu où se réunit le conseil de famille, [c'est-à-dire au domicile du juge de paix, président du conseil de famille. Mêmes autorités. — Les Français qui se trouvent, relativement au mariage, sous la puissance de personnes domiciliées en pays étranger, doivent faire à ce domicile étranger les publications prescrites par l'art. 168, en suivant, bien entendu, les formes usitées dans chaque pays, *Circul. minist.* du 14 mars 1831.]

[4] Avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808. [Delvincourt, 1, p. 65. — D'autres pensent que l officier de l'état civil peut exiger, avant de faire les publications, toutes les justifications nécessaires pour qu'il puisse procéder au mariage, Hutean d'Origny, 7, ch. 3, § 3, n. 2. Nous croyons que si les futurs époux sont mineurs il peut exiger la preuve des consentements nécessaires; mais que s'ils sont majeurs il ne peut exiger la preuve des consentements ou des actes respectueux qui y suppléent, puisque les publications ont précisément pour objet de provoquer les oppositions qui manifestent le défaut de consentement, Coin Delisle, sur l'art. 63; Richelot, 1, p. 239; Demolombe, 3, n. 181.—S'il s'agit d'un militaire, l'officier de l'état civil doit exiger avant toute publication le certificat du conseil d'administration de son corps constatant la déclaration qu'il lui a faite de son prochain mariage, *Circul. minist.* des 5 therm. an VIII, et 30 pluv. an XIII.]

[5] Vazeille, 1, n. 156.

[6] [C'est-à-dire du dimanche au dimanche suivant, Toullier, 1, n. 564; Demolombe, 3, n. 182.]

[7] Habituellement la publication a lieu à la suite de l'office divin, Maleville, sur l'art. 63.

devant la porte de la maison commune, ou, s'il n'y a pas de maison commune, devant la maison de l'officier de l'état civil [8], art. 63. On peut, en alléguant un motif suffisant, tel qu'un voyage urgent, obtenir la dispense de la seconde publication, art. 169. V. § 124. Un extrait de l'acte de publication doit être affiché à la porte de la maison commune ou à l'endroit spécialement destiné à l'affichage des actes publics, et il doit y rester pendant les huit jours d'intervalle de l'une à l'autre publication, art. 64. L'acte de publication doit, en outre, être inscrit dans un registre particulier, tenu dans la même forme que les autres registres de l'état civil, mais non en double, et qui est déposé, à la fin de chaque année, au greffe du tribunal de l'arrondissement, art. 63. V. art. 41, 42, 43.

Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour qui suit la dernière publication, le jour de celle-ci non compris; il ne saurait donc l'être avant le mercredi qui suit le second dimanche [9], art. 64. Si le mariage n'a pas été célébré dans l'année, à compter du jour de l'expiration du délai de publication, il ne pourra plus être célébré qu'après que de nouvelles publications auront été faites dans la même forme que les premières, art. 65 [10].

§ 112. *De la célébration du mariage, et des actes de mariage.*

La célébration civile du mariage est la déclaration solennelle, faite par l'officier de l'état civil compétent, que deux personnes, l'une du sexe masculin et l'autre du sexe féminin, par suite de la la volonté qu'elles lui ont exprimée de se prendre pour mari et femme, sont unies par le mariage, art. 75.

L'officier compétent pour la célébration du mariage est l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'une des parties a son domicile; et, sous ce rapport, le domicile de chacune d'elles est au lieu où elle réside [1] au moins depuis six mois, art. 74.

[8] Locré, 1, p. 417. [Ou devant la porte de la maison qui tient lieu de maison commune.]

[9] [Mais il peut être célébré le mercredi, Toullier, 1, n. 566; Duranton, 2, n. 229; Vazeille, 1, n. 157; Coin Delisle, sur l'art. 64; Marcadé, *ibid.* Demolombe, 3, n. 186. — Le mariage ne peut être célébré avant le troisième jour, lors même qu'il n'y a eu qu'une publication. L'art. 64 ne parle que de la seconde publication, parce que la règle générale est qu'il doit y en avoir deux, Demolombe, *ibid.*—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 169.]

[10] Il faut prendre pour point de départ, non le jour de la dernière publication, mais le troisième jour après la dernière publication. V. art. 75; Delvincourt, sur l'art. 64. [Marcadé, sur l'art. 65; Demolombe, 3, n. 187.— Mais le jour qui suit le troisième, le jour auquel le mariage a pu se faire, est compris dans ce délai d'un an, puisque, s'il n'y était pas compris, le mariage pourrait se faire non pas seulement pendant un an, mais pendant un an et un jour, Coin Delisle, sur l'art. 65; Demolombe, 3, n. 187; Marcadé, sur l'art. 65. — *Contrà*, Delvincourt, 1, p. 66; Toullier, 1, n. 567; Duranton, 2, n. 229.]

[1] Si outre le domicile spécial au mariage, qui s'établit par six mois de rési-

Avant de célébrer le mariage, l'officier de l'état civil doit demander aux parties s'il existe, au point de vue de l'ordre public, un empêchement de nature à faire obstacle à leur mariage [2], et, en cas d'affirmative, refuser de célébrer le mariage.

S'il a été formé opposition au mariage, il ne peut y procéder qu'autant qu'on lui en a remis la mainlevée [3] résultant soit d'un jugement, soit d'un désistement régulier [4]. Si donc les publications

dence, art. 74, les parties ont un domicile général dans une autre localité, elles ne peuvent faire célébrer leur mariage dans cette localité, mais seulement dans le lieu où elles résident depuis six mois, Maleville et Delvincourt, sur l'art. 74; Duranton, 2, n. 221 et s.; [Merlin, *Rép.*, v° *Domicile*, § 9, *n.* 2; Marcadé, sur l'art. 74. Dans ce système, le domicile dont parle l'art. 74 ne serait spécial au mariage qu'en ce qui concerne le temps nécessaire pour l'acquérir; mais il serait en même temps le domicile général de la partie qui serait réputée avoir définitivement perdu son domicile antérieur.] Suivant d'autres auteurs, les parties ont le choix entre les deux localités, [c'est-à-dire entre le domicile général et le domicile spécial.] V. dans ce sens, Locré, 2, p. 132; Vazeille, 1, n. 179; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*; [Toullier, 2, n, 57; Coin Delisle, sur l'art. 74; Rieff, n. 222; Valette sur Proudhon, 1, n. 383. Dans ce système, le domicile dont parle l'art. 74 ne serait pas un domicile proprement dit, ce serait une résidence équivalant, pour le mariage, au domicile, quand cette résidence a duré six mois, mais qui ne ferait pas perdre le domicile de droit, auquel le mariage pourrait avoir lieu aussi bien qu'à la résidence de fait. — Cette opinion nous paraît la préférable. — Quant à celui qui aurait définitivement abandonné son domicile antérieur, et qui serait venu établir dans un autre lieu non une résidence de fait, et pour le mariage seulement, mais un vrai domicile de fait et de droit, il pourrait se marier dans ce lieu, sans y avoir six mois de résidence. En effet, l'art. 74 n'est qu'une exception à la règle générale de l'art. 165; autrement il faudrait décider ou que jusqu'à ce que les six mois de résidence soient acquis aux parties, elles ne peuvent se marier nulle part, Duranton, n. 220; Rieff, n. 221; ou qu'elles peuvent retourner se marier dans un lieu où elles n'ont plus ni résidence ni domicile, Coin Delisle et Marcadé, sur l'art. 74; alternative inadmissible, Demolombe, 3, n. 200. — De tout cela il faut conclure que lorsqu'on a à la fois un domicile et la résidence autorisée par l'art. 74, on peut se marier soit au domicile, soit à la résidence; mais que lorsqu'on n'a qu'un domicile, on peut s'y marier, pourvu qu'il soit acquis d'après les règles du droit commun, V. *sup.* le tit. du *Domicile*, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit établi par six mois de résidence.] Il est certain [au surplus et quelle que soit l'opinion qu'on adopte] que le mariage ne devrait pas être considéré comme non avenu, par ce fait seul que les conjoints ont été unis par l'officier de l'état civil de la commune dans laquelle l'une ou l'autre partie aurait son domicile général. V. *inf.*, §113. V. aussi sur ces questions l'avis du Conseil d'Etat du 4e jour complémentaire an XIII. — Les mineurs peuvent-ils avoir, en ce qui touche le mariage, un autre domicile que celui de leur père ou de leur mère, et se marier dans le lieu où ils ont six mois de résidence? Cette question est résolue affirmativement par Vazeille, 1, n. 180, [et par Rieff, n. 222; et avec raison, d'abord parce que l'art. 74 est général, ensuite parce que le domicile de cet article n'est pas un domicile proprement dit, mais une simple résidence qui ne fait pas disparaître le domicile général. — V. cep. Demolombe, n. 204, qui distingue entre les mineurs émancipés et les mineurs non émancipés.]

[2] Le mieux pour lui serait de prendre ces informations dès l'époque où les conjoints demandent les publications. [Aucune loi n'impose à l'officier de l'état civil d'adresser aux parties une interpellation tout au moins inutile, puisque leur présence devant lui, l'accomplissement des formalités préliminaires de la célébration, prouvent que rien ne s'oppose au mariage.]

[3] [L'officier de l'état civil doit s'arrêter devant l'opposition, quand même elle serait irrégulière, Duranton, 2, n. 203; Coin Delisle, sur l'art. 68; Huteau d'Origny, tit. 7, ch. 3, § 3, n. 2; Rieff, n. 179; Demolombe, 3, n. 163. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 68.]

[4] [Il a été jugé que le désistement ou la mainlevée ne pouvait être donné que par acte authentique et non par acte

ont été faites dans plusieurs communes, les parties sont tenues de remettre à l'officier de l'état civil qui doit célébrer le mariage des certificats délivrés par les officiers de l'état civil des autres communes, constatant qu'il n'y a point d'opposition, art. 69 ; et la loi enjoint à l'officier de l'état civil de mentionner expressément dans l'acte de célébration qu'il n'y a point eu d'opposition, ou que les oppositions, s'il y en a eu, ont été levées, art. 69, 76.

L'officier de l'état civil doit se faire remettre l'acte de naissance des deux parties. Lorsque l'une d'elles est dans l'impossibilité de se procurer son acte de naissance [5], elle peut y suppléer par un acte de notoriété, délivré par le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile de la partie, sur la déclaration de sept témoins, art. 70. V. en ce qui touche le contenu de l'acte de notoriété, l'art. 71 [6], et en ce qui touche l'homologation qui lui est nécessaire [7], l'art. 72.

Quand les futurs ne peuvent, aux termes des articles 148 à 160, se marier sans le consentement de leurs pères, mères, ascendants ou de la famille, ou sans leur avoir demandé conseil, l'officier de l'état civil doit se faire remettre les actes constatant l'accomplissement des prescriptions de ces articles [8], à moins que les parents n'assistent à la célébration et ne donnent, par leur présence, leur consentement au mariage [9]. V. art. 73, 76.

sous signature privée, parce que c'est d'un acte authentique seulement qu'on peut fournir l'expédition requise par l'art. 67, Besançon, 31 déc. 1824. Cette décision nous paraît fort rigoureuse, puisqu'elle irait jusqu'à interdire une mainlevée par acte en brevet, dont il ne reste pas minute, et dont par conséquent il n'y a jamais expédition. L'officier de l'état civil appréciera. — Une mainlevée verbale pourrait même suffire si l'opposant était présent à la célébration et la faisait consigner dans l'acte même du mariage. V. Demolombe, 3, n. 164; Marcadé, sur l'art. 67; Coin Delisle, sur l'art. 68; Huteau d'Origny, tit. 7, ch. 3, § 3, n. 16.]

[5] Quelle que soit la cause qui empêche le futur de représenter son acte de naissance. V. Vazeille, 1, n. 182.

[6] Le fait principal à constater, c'est l'âge, Vazeille, 1, n. 182.

[7] [Il est bien entendu que cet acte de notoriété ne peut suppléer à l'acte de naissance que pour le mariage seulement.]

[8] L'acte qui constate le consentement des parents doit être un acte public, art. 73. [Mais il suffirait que l'acte fût reçu et produit en brevet, Marcadé, sur l'art. 73; Demolombe, 3, n. 55.]—Doit-il contenir le nom de la personne avec laquelle le fils ou la fille veut se marier? V. Delvincourt, sur l'art. 73; Duranton, 2, n. 91; [Vazeille, n. 116 et s.; Marcadé, sur l'art. 73; Demolombe, 3, n. 53, qui se prononcent avec raison pour l'affirmative : il n'y a consentement au mariage que lorsque ce consentement se rapporte à un mariage avec une personne déterminée. V. cependant Coin Delisle, sur l'art. 73 ; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 204 ; Rolland de Villargues, v° *Consent. à mar.*, n. 24.— Il y a plus : si ce nom avait été laissé en blanc dans l'acte de consentement et rempli plus tard d'une main étrangère, l'officier de l'état civil serait fondé à se refuser à la célébration du mariage jusqu'à ce qu'il lui eût été justifié que le consentement se rapporte en effet à la personne désignée, Demolombe, *ibid.* — *Contrà*, Duranton, 2, n. 91.—Un mandat général pour consentir au mariage serait donc sans effet.] — Il n'est pas nécessaire au surplus que l'acte constatant le consentement soit remis par les père et mère en personne à l'officier de l'état civil, Duranton, 2, n. 231.

[9] Delvincourt, sur l'art. 73; [Marcadé, sur l'art. 673 ; Demolombe, 3, n. 55.]

Si les actes de naissance ou de décès qui doivent être remis à l'officier de l'état civil contiennent des erreurs dans les noms, il n'est pas nécessaire, pour les rectifier, de suivre la voie prescrite par les art. 99 et s., pour la rectification des actes de l'état civil; les parties peuvent arriver au même résultat, en suivant la voie plus rapide tracée par l'avis du Conseil d'Etat du 30 mars 1808, c'est-à-dire par le témoignage des personnes présentes à l'acte de célébration du mariage.

Après l'accomplissement de ces prescriptions et l'expiration du délai fixé par l'art. 64, V. § 111, l'officier de l'état civil procède publiquement, V. § 113, à la célébration du mariage de la manière suivante[10] :

Les futurs époux se présentent en personne[11], au jour qu'ils ont fixé, à la maison commune[12]. Là, l'officier de l'état civil[13] donne lecture aux parties, en présence de quatre témoins, parents ou non parents, V. § 113, des pièces ci-dessus mentionnées, relatives à leur état et aux formalités du mariage; il leur donne également lecture du chapitre 6 du titre du *Mariage*, sur les droits et les devoirs respectifs des époux. Il reçoit ensuite de chaque partie, l'une après l'autre, la déclaration qu'elles veulent se prendre pour mari et femme; enfin il prononce, au nom de la loi, qu'elles sont unies par le mariage, art. 75. Il en dresse acte sur-le-champ, art. 74. Le contenu de cet acte et les énonciations qu'il doit comprendre sont déterminés par l'art. 76[14].

[10] Si l'officier de l'état civil refuse de célébrer le mariage, les parties doivent s'adresser aux tribunaux pour l'y contraindre. Locré, 2, p. 138.

[11] Le Code Napoléon ne dispose nulle part expressément que les époux doivent se présenter en personne. Cependant la nécessité de cette comparution en personne résulte de la prescription de l'art. 75, relatif à la lecture du chapitre 6 du titre du *Mariage*, lecture qui autrement serait sans but. [Elle résulte aussi de l'art. 36, qui depuis l'abolition du divorce deviendrait sans application s'il ne se rapportait pas à l'art. 75; elle résulte surtout de l'esprit général de la loi et de l'ensemble de ses dispositions qui supposent toujours la présence des parties en personne], Delvincourt, sur l'art. 75; Vazeille, 1, n. 180; [Locré, 2, p. 156; Duranton, 2, n. 287; Favard, v° *Actes de l'état civil*, sect. 1, § 2, n. 4; Rieff, n. 32; Demante, n. 75; Bastia, 2 avril 1849, S. V., 49, 2, 338.] D'autres auteurs admettent la célébration du mariage par procureur, V. Toullier, 1, n. 574; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 4, § 1, art. 1, [et Coin Delisle, sur l'art. 75.]

[12] En règle générale.— Car il n'est pas absolument nécessaire et à peine de nullité que le mariage ait lieu à la maison commune. Ainsi, par exemple, un mariage célébré dans la maison d'un des époux est valable, Locré, 1, 428, 2, 282; Proudhon, 1, p. 220; Toullier, 1, n. 642; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 4, § 1, art. 1; Cass., 21 juin 1814; Toulouse, 26 mars 1824; Rouen, 10 juill. 1829; [Marcadé, sur l'art. 191; Demolombe, 3, n. 206. C'est là surtout une question qui se rattache à celle de la publicité du mariage. V. *inf.*, § 113.]

[13] L'officier de l'état civil ne peut déléguer la célébration du mariage à une autre personne, Maleville, sur l'art. 74. [Mais il ne faut pas oublier que l'officier de l'état civil est le maire, les adjoints qui le remplacent, ou le conseiller municipal délégué pour en remplir les fonctions. V. *sup.*, § 73.]

[14] Les publications et le mariage civil sont distincts des publications et du

§ 113. *De l'inobservation des formalités relatives à la publication et à la célébration du mariage.*

Les formalités décrites dans les paragraphes qui précèdent, relativement à la célébration du mariage, ne doivent pas être considérées comme tellement rigoureuses que le mariage soit nul par le fait seul de la non-observation de l'une d'elles [1]; il n'y a, en réalité, en ce qui concerne les formalités extérieures du mariage, que trois conditions absolument indispensables pour sa validité.

1° Il faut que le mariage ait été célébré devant l'officier de l'état civil compétent, art. 191. Il y a donc nullité du mariage si les époux ont été unis par un particulier ou par un fonctionnaire n'ayant pas la qualité d'officier de l'état civil [2], ou par un officier de l'état civil incompétent relativement aux deux parties [3]. Mais il suffirait que le mariage eût été célébré par l'officier de l'état civil compétent relativement à l'une ou à l'autre des parties, *même en dehors de son ressort* [4].

2° Il faut que les futurs aient déclaré à l'officier de l'état civil leur intention de s'unir, et que celui-ci ait ensuite prononcé qu'ils sont unis par le mariage [5].

mariage religieux. Le mariage religieux ne peut avoir lieu qu'après le mariage civil. L'Eglise peut même refuser de célébrer un mariage pour lequel il n'existe aucun empêchement dans l'ordre civil, mais qui serait contraire aux lois de l'Eglise, sauf toutefois l'appel comme d'abus au Conseil d'Etat. [Cons. d'Et., 25 sept. 1843, S. V., 44, 2, 91.]

[1] [Sur les nullités de mariage, V. Toullier, 1, n. 601; Duranton, 2, n. 263 et s.; Allemand, *Du mariage*, n. 446 et s.; Marcadé, 1, p. 451; Demolombe, 3, n. 237 et s.]

[2] Vazeille, 1, n. 251; [Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2; Valette sur Proudhon, 1, p. 411; Demolombe, 3, n. 205. V. *sup.*, § 110, note 11.]

[3] Proudhon, 1, p. 232; [Duranton, 2, n. 238 et s.; Rieff, n. 224; Favard, v° *Mar.*, sect. 5, n. 7.] D'autres auteurs soutiennent par argument de l'art. 193, que l'incompétence de l'officier de l'état civil n'est pas une cause absolue de nullité du mariage; et que tout dépend des circonstances, dont l'appréciation est abandonnée aux tribunaux, Maleville, sur l'art. 191; Toullier, 1, n. 644; Vazeille, n. 254 et s.; Grenoble, 27 fév. 1817; [Locré, sur l'art. 191; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 4, art. 1, n. 3; et *Quest.*, *eod. verb.*; Coin Delisle, sur l'art. 165; Marcadé, sur l'art. 191; Allemand, n. 455; Demolombe, 3, n. 298; Paris, 5 janv. 1852, et Colmar, 27 fév. 1852, S. V., 52, 2, 14 et 488. Telle est aussi notre opinion, fondée à la fois sur l'art. 193 et sur les doutes qui peuvent en certains cas s'élever, de bonne foi, sur la compétence de l'officier de l'état civil.]

[4] Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 4, § 1, art. 1; [Locré, 3, p. 401; Vazeille, 1, n. 251; Cass., 31 août 1824.] — En sens contraire, Proudhon, 1, p. 220. [Marcadé, sur l'art. 165; Demolombe, 2, n. 207; Allemand, n. 347. Ce dernier sentiment est aussi le nôtre; hors de sa commune, l'officier de l'état civil n'est pas seulement incompétent, il est sans qualité.] — L'acte de célébration serait d'ailleurs suffisamment régulier quoique le lieu de la célébration ne s'y trouvât pas indiqué, Merlin, *ibid.* [On devrait présumer, jusqu'à preuve contraire, que le mariage a été célébré en lieu convenable.]

[5] [Ces formalités sont substantielles, tellement que l'inscription de faux peut être admise contre l'acte de célébration, quoique signé des époux, qui énoncerait

3° Il faut que le mariage ait été célébré *publiquement*. Un mariage clandestin ne peut donc être considéré comme un mariage, dans le sens légal de ce mot, art. 165 et 191. Il n'en faut pas conclure cependant que l'omission de telle ou telle forme déterminée ayant un caractère de solennité, V. § 111 et 112, doive entraîner la nullité du mariage. Cela veut dire seulement que le juge a le droit de déclarer nul le mariage qui a un caractère de clandestinité, au point de vue des solennités prescrites par la loi pour assurer la publicité du mariage, en prenant en considération les circonstances particulières de chaque espèce [6]. Un mariage n'est donc point un mariage clandestin par le seul fait, par exemple, qu'il n'a pas été précédé de publications [7], ou qu'il a été célébré sans témoins [8] ou dans un lieu autre que la maison commune [9]. Si toutes ces formalités venaient à manquer à la fois, le mariage devrait être déclaré nul [10].

Le droit d'attaquer un mariage comme n'ayant pas été célébré devant l'officier de l'état civil compétent, ou comme n'ayant pas

faussement qu'elles ont été accomplies, Cass., 22 avril 1833, S. V., 33, 1, 645; Locré, sur l'art. 191.—Réciproquement, quand ces formalités ont été réellement accomplies, l'acte de mariage ne serait pas nécessairement nul parce qu'il ne serait pas signé soit par l'un des époux, Montpellier, 4 fév. 1840, S.V., 40, 2, 160; soit par l'officier de l'état civil. Grenoble, 5 avril 1824. Ce serait aux tribunaux à apprécier la valeur de l'acte selon les circonstances. V. Coin Delisle, sur l'art. 76; Duranton, 2, n. 241; Richelot, 1, n. 143; Demolombe, 3, n. 215. V. *sup.*, § 75, note 12.]

[6] Locré, sur l'art 191; Delvincourt, sur le même article; Proudhon, 1, n. 232; [Marcadé, sur l'art. 191; Demolombe, 3, n. 294 et s.;] Grenoble, 27 fév. 1817; Lyon, 25 août 1831, S. V., 32, 2, 387. Je n'ai jamais vu dans les recueils français de cas dans lequel on eût réussi à faire déclarer un mariage nul pour cause de clandestinité, quelque plausibles que fussent d'ailleurs les motifs invoqués, tant on suit la règle *in dubio pro matrimonio.*—Relativement à la doctrine de l'ancien droit sur les mariages secrets, V. Merlin, *Rép.*, v° *Clandestinité ;* Cass., 16 pluv. an XIII.

[7] [C'est là un point constant, Cass., 13 fruct. an X: 28 flor. et 12 prair. an XI; Grenoble, 27 févr. 1817; Riom, 10 juill. 1829; Locré, 3, p. 287; Maleville, 1, p. 207; Delvincourt, 1, p. 69; Merlin, *Rép.*, v° *Bans de mar.*, n. 2; Toullier, 1, n. 569; Duranton, 2, n. 334 et s.; Rieff, n. 163; Vazeille, n. 233 et s.; Demolombe, 3, n. 295; Valette sur Proudhon, 1, p. 409. — *Contrà*, Proudhon, *ibid.*]

[8] [V. Cass., 12 prair. an XI; Grenoble, 27 fév. 1817; Bourges, 22 mai 1822; Toullier, 1, n. 643.]

[9] [Cass., 21 juin 1814; Grenoble, 25 fév. 1815; Cass., 22 juill. 1807; Bourges, 22 mai 1822; Cass., 21 août 1824; Riom, 18 juill. 1829; Paris, 5 janv. 1852, S. V., 52, 2, 14; Locré, 1, p. 97; Toullier, 1, n. 642; Duranton, 2. n. 335 et s.; Vazeille, n. 250; Rieff, n. 228; Demolombe, 3, n. 206.—*Contrà*, Maleville, 1, p. 97; Delvincourt, 1, p. 136. — Ainsi sont valables les mariages *in extremis*, célébrés au domicile même du moribond, pourvu que d'ailleurs ils aient été célébrés publiquement, Merlin, *Rép.*, v° *Légit.*, sect. 1, § 2, n. 3, et *Mar.*, sect. 9, n. 3; Toullier, 1, n. 639; Vazeille, n. 114; Rieff, n. 228; Demolombe, 3, n. 17 et 206.—Et la publicité peut exister, bien que l'acte de mariage n'énonce pas que les portes du domicile étaient ouvertes, Toulouse, 26 mars 1824.—Un mariage, quoique célébré la nuit, n'en doit pas moins être réputé avoir été célébré publiquement, et est dès lors valable, si une telle célébration n'a rien d'insolite dans la localité, et s'explique par des usages, Paris, 13 août 1851, S. V., 51, 2, 465.]

[10] [Marcadé, sur l'art. 191.]

été célébré publiquement, n'appartient pas seulement aux deux conjoints, il appartient aussi au père et à la mère, et en général à toutes les personnes intéressées, même au ministère public[11], art. 191. V. art. 187 et 190 [12].

Ajoutons qu'une pénalité est attachée à l'omission des solennités prescrites pour la célébration du mariage, dans les cas suivants : lorsqu'il n'y a pas eu de publications, ou lorsque la seconde publication a été omise et qu'il n'a pas été obtenu de dispense ;—lorsque les délais prescrits entre la première et la seconde publication, ou bien entre cette dernière et la célébration du mariage, n'ont pas été observés, art. 192; lorsque l'officier de l'état civil a procédé à la célébration du mariage, sans s'assurer de l'accomplissement des prescriptions contenues dans les articles 148-155, 158-160, V. les art. 156 et 157 et l'art. 193 Pén.;—lorsque la célébration n'a pas eu lieu devant l'officier de l'état civil compétent ;—enfin quand elle a eu lieu clandestinement. Dans ces deux derniers cas, les peines prononcées sont encourues, bien que les contraventions n'aient pas été jugées suffisantes pour faire prononcer la nullité du mariage, art. 193 [13].

[11] La disposition de l'art. 191 est, du reste, applicable dans tous les cas où un mariage est attaqué *ob defectum formæ*. [C'est-à-dire pour cause de nullité absolue, et dans les cas prévus par l'art. 184. V. *inf.*, § 126. Notons ici qu'il n'est pas nécessaire, dans les cas de cette nature, pour que les ascendants puissent intenter l'action en nullité, qu'ils y aient un intérêt pécuniaire : il suffit qu'ils y aient un intérêt moral, la conservation de l'honneur de la famille, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2, quest. 2; Proudhon, 1, p. 431; Vazeille, n. 216 et 246; Allemand, n. 531 et s.; Marcadé, sur l'art. 184; Demolombe, 3, n. 301 et s.; Cass., 15 nov. 1848, S. V., 48. 1, 673. — *Contrà*, Duranton, 2, n. 328; Toullier, 1, n. 633.—Parmi les personnes ayant intérêt, l'art. 191 comprend les collatéraux; mais il faut qu'ils aient un intérêt pécuniaire né et actuel; et cet intérêt peut être né même du vivant des deux époux, Marcadé, sur l'art. 187; Demolombe, 3, n. 307; Vazeille, n. 226; Valette sur Proudhon, p. 440.—Mais ils ne peuvent, après avoir renoncé à la succession d'un individu, demander la nullité de son mariage, Lyon, 12 juill. 1846, S. V., 47, 2, 49.—Au surplus, toute espèce d'intérêt pécuniaire suffit pour être autorisé à demander la nullité d'un mariage; il n'est pas nécessaire d'avoir un intérêt de succession, Demolombe, 3, n. 493; Marcadé, sur l'art. 184.—*Contrà*, Cass., 12 nov. 1839; S. V., 39, 1, 826. — Le ministère public a action non-seulement pour requérir l'annulation du mariage dans les cas prévus par les art. 184 et 191, mais encore pour demander la réformation des jugements qui auraient à tort prononcé la nullité d'un mariage ; l'ordre public étant également intéressé dans un cas comme dans l'autre, Agen, 14 janv. 1808; Bruxelles, 1er août 1808; Pau, 28 janv. 1809; Grenoble, 28 juill. 1818; Paris, 13 août 1851, S. V., 51, 2, 465; Delvincourt, 1, p. 76; Toullier, 1, n. 648; Valette sur Proudhon, 1, p. 444; Vazeille, 1, n. 255; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 3, n. 3; Demolombe, 3, n. 312.—*Contrà*, Cass., 1er août 1820 et 5 mars 1821; Ortolan, *Min. publ.*, 1, p. 164; Foucher sur Carré, *Compét. civ.*, 2, p. 215; Duranton, 2, n. 344.— Le ministère public peut, par conséquent, intervenir soit dans un sens, soit dans l'autre, sur la demande en nullité de mariage, Paris, 18 mars 1850, S. V., 50, 2, 593.]

[12] Les dispositions de ces deux articles sont aussi applicables au cas de l'art. 191, Locré, sur l'art. 191.

[13] Le ministère public n'a pas besoin du concours des parties pour requérir l'application de la peine contre l'officier

§ 114. *Du mariage contracté par un Français en pays étranger.*

Les formalités du mariage contracté par un Français en pays étranger varient selon que le Français fait ou ne fait pas partie d'un corps d'armée en campagne, hors des limites du territoire français [1].

Dans le premier cas, il faut que les publications soient faites au lieu où le militaire avait en dernier lieu son domicile, art. 166 et 167; et, de plus, qu'elles soient mises, vingt-cinq jours avant la célébration du mariage, à l'ordre du jour du corps d'armée auquel il appartient [2], art. 94. Le mariage est célébré par le fonctionnaire ou officier chargé, dans chaque corps, des fonctions d'officier de l'état civil [3], lequel est tenu de se conformer, dans la célébration du mariage, aux prescriptions mentionnées au § 112; il doit, en outre, après avoir dressé acte de la célébration du mariage, en faire parvenir une expédition à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux [4], art. 74, 88 et 95, qui inscrit l'acte sur les registres de sa commune. V. *sup.*, § 77. Les règles du paragraphe précédent, relatives à l'observation des formalités prescrites pour la célébration du mariage, sont applicables au mariage des militaires français en pays étranger. Ce mariage n'est donc pas nécessairement nul pour inobservation de quelqu'une des formalités prescrites, par exemple, pour défaut de publications au dernier domicile des époux [5].

Dans le second cas, c'est-à-dire si le Français qui se trouve en pays étranger ne fait pas partie d'un corps d'armée, le mariage par lui contracté à l'étranger, soit avec une Française, soit avec une

l'état civil, Turin, 6 avril 1808; Rieff, n. 211.] L'autorisation du gouvernement n'est pas nécessaire pour diriger des poursuites contre l'officier de l'état civil, Cass., 9 mars 1815. [V. *sup.*, § 73.]—Le tribunal compétent dans le cas de l'art. 156 est le tribunal civil, et non le tribunal correctionnel, [Dalloz, *nouv. édit.*, v° *Actes de l'état civ.*, n. 517. — *Contrà*, Bruxelles, 28 juin 1819.]

[1] [Les règles exceptionnelles qui suivent ne sont pas applicables aux militaires qui se trouvent sur le territoire français, Avis du Cons. d'Et., des 2 et 4 complém. an XIII.]

[2] Lors même que le militaire n'aurait pas six mois de résidence à l'armée, Vazeille, n. 192; [Demolombe, 3, n. 219. V. *inf.*, note 6.]

[3] [Le militaire qui épouse une étrangère peut se marier suivant les formes et devant l'officier de l'état civil du pays: il n'est pas nécessaire que le mariage soit célébré par les officiers de l'état civil de l'armée. V. *sup.*, § 77; Paris, 8 juill. 1820; Colmar, 25 janv. 1823; Cass., 23 août 1826; Duranton, 1, n. 332 et 2, n. 236; Vazeille, n. 195; Demolombe, 3, n. 218. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Etat civ.*, § 3, n. 1.]

[4] Par conséquent, non-seulement au dernier domicile du mari, mais aussi au dernier domicile de la femme, quand elle est Française.

[5] Colmar, 25 janv. 1823. [V. *inf.*, note 13.]

étrangère [6], est valable en France, pourvu qu'il ait été célébré [7] suivant les formes usitées dans le pays, art. 47, 170. V. § 77. La question de savoir si le mariage a été célébré avec toutes les formalités absolument nécessaires pour sa validité doit alors être jugée par les tribunaux français, suivant les lois du pays où le mariage a eu lieu [8]. Cependant la loi française exige que, préalablement au mariage, les époux fassent publier leur mariage en France [9], comme s'il devait y être célébré [10], et que, dans les trois mois qui suivent son retour [11] en France, le Français fasse inscrire l'acte de célébration de son mariage sur les registres de l'état civil de son domicile [12], art. 74, 170, 171. L'inobservation de la règle relative aux publications en France entraîne la nullité du mariage célébré en pays étranger [13]. Mais il en est autrement de

[6] [Il n'est pas nécessaire que, pour se marier à l'étranger, les Français y aient six mois d'habitation. Locré, 4, p. 352; Marcadé, sur l'art. 170; Demolombe, 3, n. 219.]

[7] [Si le mariage a lieu entre deux Français, il peut être célébré soit devant l'officier public étranger, soit devant l'agent diplomatique français; s'il a lieu entre Français et étranger, il ne peut avoir lieu que devant l'officier public étranger. V. *sup.*, § 77; Demolombe, 3, n. 230; Marcadé, sur l'art. 170.]

[8] [Ainsi sont valables les mariages célébrés en pays étranger par un prêtre compétent, selon la loi locale, Cass., 16 juin 1829; Bordeaux, 10 août 1831, S. V., 32, 2, 105; Montpellier, 15 janv. 1839, S. V., 39, 2, 246. — Il y a plus : le mariage est valable en France, bien qu'il n'y ait pas eu d'acte écrit, si, d'après la loi locale, un acte écrit n'est pas nécessaire, et s'il suffit de la *cohabitation* et de la *réputation*, comme dans l'Etat de New-York et dans la Pensylvanie : les tribunaux français restant juges toutefois du fait de la *cohabitation* et de la *réputation*, Cass., 20 déc. 1841, S. V., 42, 1, 321; Bordeaux, 14 mars 1849, S. V., 52, 2, 407.—V. *sup.*, § 77, note 7.]

[9] L'art. 170 ne dit pas expressément que les publications doivent être faites en France; mais cette interprétation de l'art. 170 résulte de l'ensemble des dispositions du Code et de la discussion au Conseil d'Etat, Delvincourt, sur l'art. 170; [Duranton, 2, n. 237; Demolombe, 3, n. 220; Marcadé, sur l'art. 170.] Les publications en France sont nécessaires, bien que le Français soit établi depuis longtemps en pays étranger, art. 166 et 167; [Delvincourt, sur l'art. 170; Toullier, 1, n. 578; Duranton, 2, n. 238.] V. en sens contraire, Vazeille, 1, n. 158. V. aussi Merlin, *Rép.*, v° *Bans de mariage*; [et Demolombe, 3, n. 221. Dans l'application, la difficulté consiste surtout à savoir pendant combien de temps il faut que le Français ait résidé en pays étranger, pour que les publications en France cessent d'être nécessaires. Nous croyons que le temps ne fait rien à l'affaire, et que les publications doivent être faites en France tant que le Français y a conservé un domicile ou des père et mère et autres ascendants sous l'autorité desquels il se trouve placé.]

[10] [C'est-à-dire dans tous les lieux où les publications devraient être faites si le mariage était célébré en France; par conséquent, non-seulement au domicile, art. 63, mais encore dans les lieux déterminés par les art. 166, 167 et 168, Demolombe, 3, n. 220; Marcadé, sur l'art. 170.]

[11] [Ce délai n'est pas fatal. Rouen, 11 juill. 1827; Cass., 16 juin 1829; Toullier, 1, n. 579; Duranton, 2, n. 240; Merlin, *Quest.*, v° *Mariage*, § 14; Demolombe, 3, n. 228; Marcadé, sur l'art. 171. Toutefois, après les trois mois, la transcription doit être autorisée par jugement, Circul. min. du 7 mai 1822.]

[12] [Cette obligation est imposée à tout Français marié en pays étranger, soit que son mariage ait eu lieu devant un magistrat étranger, soit qu'il ait eu lieu devant une autorité française, obligée de transmettre l'acte de mariage au domicile du Français en France, pour y être transcrit, soit que le Français au moment de son mariage ait eu un domicile en France, soit qu'il n'en ait pas eu, Demolombe, 3, n. 227.]

[13] L'art. 170 dit, en parlant d'un pa-

l'omission de la transcription de l'acte de mariage étranger sur les registres de l'état civil en France [14].

reil mariage, « pourvu qu'il ait été précédé des publications prescrites par l'art. 63. » [D'où l'on a conclu que les publications devaient être faites à peine de nullité, Paris, 10 déc. 1827; 30 mai et 4 juill. 1829; Bruxelles, 9 juin 1828; Cass., 9 mars 1831. S. V., 31, 1, 142: 6 mars 1837. S.V., 37, 1, 177; Montpellier, 15 janv. 1839, S. V., 39, 2, 246; Cass., 17 août 1841, S. V., 41, 1, 681; Delvincourt, 1, p. 314; Chardon, *Puiss. patern.*, n. 263; Marcadé, sur l'art. 170.] Il est à remarquer que les arrêts des 9 mars 1831 et 6 mars 1837, qui prononcent la nullité d'un mariage à l'étranger pour défaut de publication en France, ont été rendus dans des espèces où il y avait en outre défaut d'actes respectueux adressés par le Français à ses père et mère, art. 151 et s., et où, par conséquent, on pouvait présumer une intention frauduleuse. — Des arrêts antérieurs ont jugé que le défaut de publication n'entraînait pas la nullité du mariage, Metz, 16 août 1816; Paris, 8 juill. 1820; Colmar, 25 janv. 1823, et cette opinion est partagée par Vazeille, n. 158; [Merlin, *Rép.*, v° *Bans de mar.*, n. 2, et *Quest.*, v° *Publ. de mar.*, § 1 et 2. Un arrêt de Nancy, du 30 mai 1826, s'est même prononcé dans ce sens, dans une espèce où il y avait absence d'actes respectueux. Mais des arrêts plus récents, prenant un moyen terme, qui nous semble en rapport avec l'esprit de la loi, ont décidé que le défaut de publications en France n'entraînait pas la nullité du mariage contracté en pays étranger, quand cette omission n'était pas préméditée dans le but d'éluder les dispositions de la loi française, Cass., 18 août 1841, S. V., 41, 1, 872; Grenoble, 30 mars 1844, S. V., 44, 2, 655; Cass., 9 nov. 1846, S. V., 47, 1, 55; Bordeaux, 14 mars 1850, S. V., 52, 2, 561, et 14 janv. 1852, S. V., 52, 2, 300; Paris, 9 juill. 1853, S. V., 53, 2, 401. V. dans le même sens, Valette sur Proudhon, 1, p. 412; Demolombe, 3, n. 222 et s.] — Dans tous les cas, le mariage doit encore être considéré comme valable s'il a été reconnu par la famille. [Et si les époux ont la possession d'état, Paris, 23 janv. 1832, S. V., 32, 2, 584; Cass., 12 fév. 1833, S. V., 33, 2, 194; Paris, 13 juin 1836, S. V., 36, 2, 297; Rennes, 6 juill. 1840, S. V., 40, 2, 397; Cass., 17 août 1841, S. V., 41, 1, 681; Paris, 9 juill. 1853, S. V., 53, 2, 401. — A plus forte raison, si le mariage a eu lieu avec le consentement des ascendants, Cass., 10 mars 1841, S. V., 41, 1, 302; Montpellier, 25 avril 1844, S. V., 45, 2, 8; Fœlix, *Revue de dr. franç. et étr.*, 8, p. 437; Duranton, 3, n. 238; Valette sur Proudhon, 1, p. 412; Demolombe, 3, n. 225. — Dans tous les cas, les collatéraux de l'époux français ne sont pas recevables à demander la nullité de son mariage pour défaut de publications en France, Cass., 18 août 1841, S. V., 41, 1, 871, et 9 nov. 1846, S. V., 47, 1, 55. — Sur le droit des père et mère et des époux eux-mêmes d'exercer dans ce cas l'action en nullité, V. l'arrêt précité de Paris, du 9 juill. 1853.]

[14] Locré, sur l'art. 171; Vazeille, 1, n. 189; Duranton, 2, n. 240; [Marcadé, sur l'art. 171; Demolombe, 3, n. 229; Toullier, 1, n. 579]; Cass., 16 juin 1829, et 12 fév. 1833, S. V., 33, 1, 195; [Bordeaux, 14 mars 1850, S. V., 52, 2, 561. — Mais le mariage valable, nonobstant le défaut de transcription, peut-il être opposé aux tiers? Selon des auteurs, le mariage non transcrit ne produirait en France aucun effet vis-à-vis des tiers, à tel point que les enfants issus du mariage n'hériteraient pas, au préjudice des parents français, des biens de leurs père et mère, situés en France, Delvincourt, 1, p. 68. Selon d'autres, le défaut de transcription n'influerait que sur les effets civils attachés à la publicité du mariage, et dans ce système, la femme mariée n'aurait pas d'hypothèque légale antérieurement à la transcription, Duranton, 2, n. 240; Marcadé, sur l'art. 171; Montpellier, 15 janv. 1823; Cass., 6 janv. 1824. — *Contrà*, Troplong, *Hyp.*, n. 513 *bis*, Cass., 23 nov. 1840, S. V., 40, 1, 929. D'autres enfin, dont l'opinion nous paraît plus logique, écartent toute restriction aux effets du mariage non transcrit: si aucune loi ne prononce la nullité de ce mariage, aucune loi ne limite les effets civils qu'il doit produire, sauf, bien entendu, aux tiers lésés par le défaut de transcription à user, aux termes du droit commun, de l'action que leur ouvre l'art. 1382, Demolombe, 3, n. 229. V. cependant 14 mars 1850, S. V., 52, 2, 561. V. aussi *sup.*, § 61, note 4. — Ajoutons qu'en aucun cas les parents collatéraux de l'époux français ne peuvent demander la nullité du mariage pour défaut de transcription, Même arrêt.]

Les dispositions générales du Code sur les conditions de la validité du mariage, ou, en d'autres termes, sur les empêchements de mariage, s'appliquent aux mariages contractés par des Français à l'étranger[15], art. 170[16]. V. *inf.*, § 127, note 10.

§ 115. *Du mariage contracté en France entre Français et étrangers ou entre étrangers.*

[Les mariages contractés en France entre Français et étrangers sont soumis, quant aux Français, aux mêmes règles que les mariages contractés entre Français.

Quant aux étrangers, leur capacité est déterminée par la loi de leur pays, qui constitue à leur égard un statut personnel, pourvu toutefois que la loi étrangère qui règle leur capacité ne soit pas contraire aux lois qui, en France, sont considérées comme d'ordre public[1]. Mais la loi française qui, en certains cas, limite et restreint cette capacité originelle, ne peut jamais l'étendre[2].

Le mariage d'un Français et d'un étranger est soumis à toutes les formalités exigées par la loi française, soit antérieures, soit concomitantes à la célébration. Il faut donc que le mariage soit publié non-seulement en France, mais encore dans le pays de

[15] [Bien que l'art. 170 ne parle que des règles tracées dans le chapitre 1er du titre du *Mariage*, c'est-à-dire de celles qui sont relatives à l'âge des contractants, à leur consentement, à celui de leur famille, cependant il ne dispense pas le Français qui se marie en pays étranger de l'observation des règles ou des prohibitions relatives à la mort civile, art. 25, à l'adultère, art. 298, au second mariage, art. 228. Ces règles constituent un statut personnel qui suit le Français en pays étranger, Delvincourt, sur l'art. 170.]

[16] Les dispositions des art. 170 et 171, relatives aux publications et à la transcription de l'acte de mariage, s'appliquent également au cas où le mariage d'un Français en pays étranger est célébré devant l'agent diplomatique français, conformément à l'art. 48, Vazeille, 1, n. 193.—La Française qui épouse un étranger en pays étranger doit-elle se conformer aux dispositions des art. 170 et 171 ? Elle doit tout au moins se conformer aux dispositions du premier de ces articles, *tàm ex ratione quàm ex verbis legis*. [Elle doit se conformer à l'un et à l'autre : ces articles ne font aucune distinction entre le Français et la Française.]

[1] [C'est pourquoi les étrangers sont tenus en France de se pourvoir des mêmes dispenses d'âge et de parenté que les Français, lors même que la loi de leur pays ne leur imposerait pas cette obligation, Circulaire min. du 10 mai 1824.]

[2] [Ainsi un moine espagnol ne peut pas plus se marier en France qu'en Espagne, Paris, 13 juin 1814.—Pour obvier aux inconvénients de cette nature, une circulaire ministérielle du 4 mars 1831 exige de tout étranger non naturalisé, qui veut se marier en France, la justification par un certificat des autorités du lieu de sa naissance ou de son dernier domicile dans sa patrie, constatant qu'il est apte, d'après les lois qui le régissent, à contracter mariage avec la personne qu'il se propose d'épouser. En cas de contestation, les tribunaux sont appelés à statuer; et, par conséquent, ils peuvent, si des difficultés s'opposent à l'obtention de ce certificat, dispenser l'étranger de l'obligation de le produire, Demolombe, 3, n. 233. On peut également suppléer à ce certificat par un acte de notoriété, Lettre du proc. du roi près le tribunal de la Seine, du 7 juill. 1835.]

l'étranger, s'il n'est pas domicilié en France depuis plus de six mois, quand, d'après la législation locale, cette publication est possible [3].

Les mêmes règles sont applicables aux mariages entre deux étrangers, soit en ce qui concerne leur capacité réciproque, soit en ce qui touche les formalités mêmes de publication.]

§ 116. *De la preuve de la célébration du mariage.*

Nul ne peut réclamer le titre d'époux et les droits qui y sont attachés [1], s'il ne représente un acte de célébration de son mariage, inscrit sur les registres de l'état civil [2], art. 194. La possession d'état ne dispense pas de la représentation de l'acte de célébration [3], art. 195.—La force probante de l'acte de célébration du mariage s'apprécie d'après les principes développés au § 78. Cependant, lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de célébration est représenté, les époux sont respectivement non recevables [4] à demander la nullité de cet acte, en se fondant, par exemple, sur le motif que le mariage n'aurait pas été célébré publiquement [5]; et

[3] [Circul. min. du 4 mars 1831.]

[1] Il ne s'agit pas ici du cas où un tiers attribue la qualité d'époux à une personne qui nie avoir cette qualité. V. Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 5, § 2, n. 3 et s. [Dans ce cas, selon Merlin, qui cite en ce sens un arrêt de la Cour de Bruxelles du 20 janv. 1807, le tiers qui est intéressé à ce que telle personne qui nie être mariée le soit réellement peut recourir à d'autres moyens de preuve qu'à ceux qui sont ouverts aux prétendus époux eux-mêmes. Il peut, par exemple, déférer le serment à cette personne sur le fait du mariage.]

[2] Ainsi, aucun autre moyen de preuve ne peut tenir lieu de cet acte, Locré, 2, p. 292. [Et, même avec un commencement de preuve par écrit, les époux ne peuvent être admis à prouver par témoins la célébration de leur mariage, Toullier, 1, n. 553.—Un acte de célébration inscrit sur une feuille volante ne ferait pas preuve : l'art. 194 exige un acte de célébration inscrit sur *les registres de l'état civil*, Marcadé, sur l'art. 195; Demolombe, 3, n. 386; Duranton, 2, n. 244 et 251. —*Contrà*, Toullier, 1, n. 548. V. *sup.*, § 78, note 2.]

[3] [Lors même que la partie adverse, par exemple les héritiers du décédé, auraient reconnu la possession d'état du survivant, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 5, § 2, n. 3; Bruxelles, 7 juin 1806. — Les tiers ne peuvent pas plus opposer la possession d'état aux prétendus époux, que ceux-ci ne peuvent la leur opposer, Demolombe, 3, n. 388; sauf, toutefois, le cas où il ne s'agit pas de réclamer les effets civils du mariage, mais de prouver l'accomplissement ou l'inaccomplissement de la condition à laquelle était subordonné un avantage; par exemple dans le cas où une donation a été faite par un époux décédé à son conjoint survivant, à la condition qu'il ne se remariera pas, et où les héritiers du décédé prétendent que le survivant s'est remarié, Merlin, *Rép.*, v° *Mar.*, sect. 1, § 2, n. 3; Demolombe, *ubi sup.*]

[4] Cette fin de non-recevoir, tirée de la possession d'état, n'est pas applicable aux personnes autres que les époux qui demandent la nullité du mariage, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2; Toullier, 1, n. 646; Demolombe, 3, n. 327.]

[5] Cependant, malgré la possession d'état, l'acte de mariage peut être attaqué pour incompétence de l'officier de l'état civil, ou encore parce qu'il aurait été inscrit sur une feuille volante. A plus forte raison ne pourrait-on pas opposer la possession d'état à une action en nullité de mariage, tirée d'un empêchement. [En termes plus généraux, l'art. 196, en disposant que lorsqu'il y a possession d'état et que l'acte de mariage est représenté les époux sont respectivement non

il n'y a pas lieu de distinguer, dans ce cas, si cette demande a pour but de briser les liens du mariage ou d'arriver à faire déclarer valable un mariage ultérieurement contracté par l'un ou l'autre des conjoints[6], art. 196.

Le principe que le titre d'époux ne peut être réclamé qu'en vertu d'un acte de mariage souffre néanmoins des exceptions :

1° Dans les cas prévus par l'article 46 : la preuve du mariage peut alors s'établir d'une autre manière que par les registres de l'état civil[7], art. 194. V. *sup.*, § 82, et le § 114, note 8.

2° Dans le cas où deux personnes, ayant publiquement vécu ensemble comme mari et femme[8], sont décédées[9] laissant des

recevables à demander la nullité de cet acte, doit s'entendre uniquement des nullités qui affectent la célébration du mariage, et non des nullités absolues qui affectent le mariage en lui-même sans toucher à sa célébration. On ne pourra donc, quand il y a possession d'état, attaquer le mariage pour défaut de publicité de la célébration, parce que la publicité est une des conditions de la célébration même. On ne pourra non plus, nonobstant l'opinion contraire de notre auteur, l'attaquer pour incompétence de l'officier de l'état civil, parce que la nullité relative à la compétence touche au fait même de la célébration. V. Marcadé, sur les art. 191 et 196, et Demolombe, 3, n. 328, qui se contredisent plutôt dans la forme que dans le fond. — Mais on pourra toujours attaquer le fait même du mariage quand il sera atteint par une nullité absolue, par exemple, pour cause de bigamie ou d'inceste, Duranton, 2, n. 252; Marcadé, sur l'art. 196; Demolombe, 3, n. 328. — Quant à la circonstance qu'on représenterait un acte de mariage inscrit sur une feuille volante, elle ne peut élever aucune fin de non-recevoir, puisqu'alors il n'y a pas d'acte inscrit sur les registres de l'état civil. V. *sup.*, note 2.]

[6] Cass., 2 août 1826.

[7] Merlin, *Quest.*, v° *Mariage*, § 7; Cass., 8 juin 1809. L'interprétation extensive qui a été donnée à l'art. 46, *sup.*, § 8, n'est pas applicable en matière de mariage. [Il n'y a lieu d'admettre une preuve supplétive de l'acte de mariage, par application de l'art. 46, qu'autant qu'il n'a pas été tenu de registres, qu'ils ont été détruits en tout ou en partie, ou qu'il y a interruption dans la tenue des registres. Mais quand il existe des registres tenus sans blancs ni lacunes, aucune preuve ne peut remplacer l'acte qui ne se trouve pas inscrit sur ces registres, Toullier, 1, n. 599; Marcadé, sur l'art. 194.]

[8] Cass., 8 mai 1810; Montpellier, 4 fév. 1824. — Il ne suffit pas de produire la preuve que les enfants ont une possession d'état d'enfants légitimes, conforme à leur acte de naissance, il faut, de plus, prouver que les père et mère ont eu la possession d'état d'époux légitimes, Vazeille, 1, n. 210; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 2; [Toullier, 2, n. 873 et s.; Delvincourt, 1, p. 317; Marcadé, sur l'art. 197; Demolombe, 3, n. 398; Paris, 29 brum. an XI, 23 fév. 1822, et 1er fév. 1836, S. V., 36, 2, 73.] Il ne suffirait même pas d'établir que les père et mère passaient pour être mariés, Pau, 9 mai 1829. — La preuve de la possession d'état peut être faite soit par titre, soit par témoins, art. 320; [Demolombe, 3, n. 399.] V. au surplus, sur les faits constitutifs de la possession d'état, l'art. 321.

[9] La mort d'un seul des père et mère ne suffit pas pour l'application de l'art. 197 : il faut qu'ils soient tous les deux décédés, Toulouse, 24 juin 1820; 24 juill. 1826; Bourges, 17 mars 1830. — L'art. 197 ne s'étend pas non plus au cas où les père et mère, bien qu'existant, ne sont pas en état de déclarer s'ils sont ou non mariés, soit pour cause d'absence, soit pour cause de démence, Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 2, *Quest.* 2 et 3; [Richefort, *Etat des familles*, 1, n. 80.] —En sens contraire, Maleville, sur l'art. 197; Vazeille, n. 214; Duranton, 2, n. 255; [Valette sur Proudhon, 2, p. 73; Toullier, 1, n. 877; Bonnier, *Des preuves*, n. 128; Marcadé, sur l'art. 197; Demolombe, 3, n. 396. Nous nous réunissons à l'opinion de ces derniers auteurs. L'art. 197, en parlant du décès des père et mère, n'est qu'énonciatif du cas le plus ordinaire qui empêche les père et mère de donner des renseignements sur leur

enfants, la légitimité de ces enfants ne peut être contestée sous le seul prétexte[10] du défaut de représentation de l'acte de célébration du mariage de leurs père et mère, toutes les fois que cette légitimité est prouvée par une possession d'état[11], qui n'est pas contredite par leur acte de naissance[12], art. 197.

3° Lorsque la preuve d'une célébration légale du mariage se trouve acquise par le résultat d'un procès criminel [ou correctionnel[13]], Pén., art. 173, 192 et 439, tous les effets civils sont assurés à ce mariage, à dater du jour de sa célébration, par la simple inscription sur les registres de l'état civil du jugement rendu au criminel[14], sous la réserve toutefois de l'action en nullité, aux

état et sur celui de leurs enfants. L'absence et la démence, produisant en fait les mêmes effets que le décès, doivent également les produire en droit.] L'art. 197 ne s'entend d'ailleurs que de la mort naturelle des deux époux, et non point de la mort civile, Duranton, *loc. cit.*; [Vazeille, 1, n. 214; Demolombe, n. 395; Marcadé, sur l'art. 197. En effet, la mort civile n'empêche pas de donner un renseignement.]

[10] La légitimité des enfants peut donc être combattue par tout autre moyen. V. Merlin, *loc. cit.*; Duranton, 3, n. 111; Toullier, 2, n. 878 et s.; [Marcadé, sur l'art. 197; Demolombe, 3, n. 402. Les adversaires de l'enfant peuvent donc prouver ou que la célébration n'a pas eu lieu, ou que le mariage célébré est nul, Vazeille, 1, n. 212; Toullier, 2, n. 880; Richefort, n. 84. Mais ils ne pourraient pas combattre par de simples présomptions la présomption légale qui résulte de l'art. 197 en faveur de l'enfant, Paris, 18 déc. 1837, S. V., 38, 2, 113; Cass., 11 août 1841, S. V., 41, 1, 616; Toulouse, 4 juill. 1843, S. V., 44, 2, 398; ni même par des actes ou déclarations émanés des père et mère, Montpellier, 4 fév. 1824; Bordeaux, 28 janv. 1835, S. V., 35, 2, 313. V. cep. Rennes, 5 mars 1812, et Paris, 11 mai 1816.]

[11] Ainsi, il ne suffit pas que l'enfant soit désigné dans son acte de naissance comme enfant légitime de tel et tel père et mère. L'art. 323 ne s'applique pas davantage ici. Il faut, de plus, qu'il prouve sa possession d'état d'enfant légitime aussi bien du vivant de ses père et mère que depuis leur mort, Merlin, *loc. cit.*

[12] Ainsi, l'enfant n'est pas tenu de produire son acte de naissance afin d'établir que cet acte ne contredit pas sa possession d'état. C'est à ceux qui soutiennent que cette contradiction existe à produire l'acte qui, selon eux, la prouve, Locré et Delvincourt, sur l'art. 197; [Duranton, 3, n. 110; Demolombe, 3, n. 401; Agen, 10 mai 1842, S. V., 42, 2, 541; Toulouse, 4 juill. 1843, S. V., 44, 2, 398. — Par conséquent, pour être dispensé de faire lui-même la production de son acte de naissance, l'enfant n'est pas tenu de prouver la perte ou la destruction des registres, Cass., 8 mai 1810; Toulouse, 4 juil. 1843, *ibid.*]

[13] [Marcadé, sur l'art. 198; Valette sur Proudhon, 2, p. 105; Demolombe, 2, n. 409. — Ainsi, il y aura lieu à l'application de la règle ci-dessus dans tous les cas où il résultera de la procédure qu'il y a eu destruction, suppression, soustraction, détournement de l'acte de célébration, Pén, art. 173, ou inscription de cet acte sur une feuille volante, Pén., art. 192. — Peu importe, au surplus, que le crime ou le délit aient été commis par l'officier de l'état civil ou par un tiers, Pén. art. 349 : l'art. 198 ne fait et ne pouvait faire aucune distinction, Valette sur Proudhon, 2, p. 105; Duranton, 2, n. 251 et s.; Demolombe, 3, n. 409; Marcadé, sur l'art. 200; Allemand, n. 433. — Mais, sauf le cas de l'art. 46, les intéressés ne pourraient arriver au même résultat au moyen d'une action en dommages-intérêts intentée, au civil, contre les auteurs du crime ou du délit, Demolombe, 3, n. 411 et s.]

[14] [Il n'est pas nécessaire que les intéressés se soient portés parties civiles : l'art. 198 ne leur impose pas l'obligation d'agir, et le ministère public, en agissant pour la société tout entière, agit pour eux, Valette sur Proudhon, 2, p. 106; Marcadé, sur l'art. 198, 4e édition. Dans ses éditions antérieures, cet auteur avait adopté l'opinion contraire, sur l'art. 199. — *Contrà*, Demolombe, 3, n. 419 et s. —

termes du droit commun[15]. Si les deux conjoints sont décédés, ou l'un d'eux seulement, sans avoir découvert ou poursuivi la fraude[16], l'action appartient à tous ceux qui ont un intérêt à faire déclarer le mariage valable et au ministère public[17]. Si l'officier de l'état civil[18] est décédé[19] lors de la découverte de la fraude[20], l'action doit être dirigée au civil contre ses héritiers par le ministère public[21], sur la dénonciation des parties intéressées et en leur présence[22], art. 198-200. V. art. 52.

CHAPITRE III.

DES FIANÇAILLES OU DES PROMESSES DE MARIAGE [1].

§ 117. *Nature et conséquences de ce contrat.*

On appelle fiançailles [ou mieux aujourd'hui promesse de mariage] le contrat par lequel les parties s'obligent à se prendre mutuellement pour époux[2]. Le Code civil ne s'occupant nulle part des fiançailles, elles sont régies par les principes généraux des contrats[3], art. 1107. Les fiançailles ou promesses de mariage

Du reste, du vivant des époux, eux seuls pourraient intenter l'action ou se porter parties civiles, arg. art. 199: Delvincourt, sur l'art. 198; Vazeille, 1, n. 207; Marcadé, sur l'art. 199.— *Contrà*, Demolombe, 3, n. 412.]

[15] [Le jugement inscrit sur les registres de l'état civil aura donc la même efficacité qu'un acte de mariage, mais il ne pourra en avoir davantage, Marcadé, sur l'art. 198.]

[16] C'est-à-dire sans avoir poursuivi le crime ou sans s'être portés parties civiles. [Marcadé, sur l'art. 199.]

[17] C'est-à-dire que les intéressés peuvent intenter eux-mêmes l'action civile ou criminelle quand il y a lieu, ou se porter parties civiles sur la poursuite intentée par le ministère public. L'art. 199 est fort obscurément rédigé. V. Marcadé, sur cet art., et Demolombe, 3, n. 414.]

[18] [Ou l'auteur, quel qu'il soit, du crime ou du délit. V. *sup.*, note 13.]

[19] Mais non s'il était absent, parce qu'il y aurait encore possibilité de le poursuivre et d'obtenir contre lui une condamnation soit par défaut, soit par contumace, et par conséquent d'obtenir un jugement criminel sur le fait constitutif du crime ou du délit. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 200.]

[20] [V. *sup.*, note 16.]

[21] [Et non pas les parties intéressée elles-mêmes. On a craint une collusion entre les intéressés et les héritiers de l'auteur du crime ou du délit, Marcadé, sur l'art.200; Demolombe, 3, n. 414.—Le ministère public n'est pas forcé de suivre sur la dénonciation des intéressés. L'art. 200 n'en fait pas un instrument passif; il est donc juge du mérite de l'action.— *Contrà*, Demolombe, 3, n. 414.]

[22] Le jugement qui intervient alors au civil a le même effet que le jugement rendu au criminel dans le cas de l'art. 198, Maleville, sur l'art. 200.

[1] [En droit romain, L. 1, Dig. *De sponsalibus*, et dans l'ancien droit français, Pothier, *Contrat de mar.*, n. 23 et s., les fiançailles, *sponsalia*, étaient un contrat régi, quant à sa forme et à ses effets, par des règles spéciales, dont il ne peut plus être question aujourd'hui. V. Allemand, n. 137 et s.; Demolombe, 3. n. 27; Toullier, 6, n. 298.]

[2] [L'engagement pris par des pères et mères entre eux de marier leurs enfants serait incontestablement nul, parce qu'on ne peut promettre le fait d'autrui, art. 1119; Duranton, 10, n. 319; Demolombe, 3, n. 32.—*Contrà*, Toullier, 6, n. 303.]

[3] [V. Toullier, 6, n. 293 et s. V. la note suiv.]

sont donc obligatoires, parce qu'on ne peut les considérer comme nulles quant à leur objet [4], alors du moins que le mariage promis ne rencontre pas d'empêchement légal.

L'obligation qui résulte d'une promesse de mariage est une obligation de faire [5]: elle n'a donc pas pour effet de donner à une des parties le droit soit de forcer l'autre à la conclusion du mariage, soit de former opposition au mariage du promettant avec une tierce personne, soit d'attaquer ce mariage en nullité [6]. Comme toute obligation de faire qui n'est pas volontairement remplie, elle se résout en dommages et intérêts, art. 1142 [7], à la charge de celui qui refuse de conclure le mariage qu'il avait promis [8]. Cependant on ne peut stipuler, comme clause pénale, une somme d'argent à payer par la partie qui refuserait de remplir la promesse de ma-

[4] [Cette promesse est au contraire nulle en soi, comme contraire à l'ordre public et à la liberté de consentement qui ne peut être aliénée jusqu'au moment de la célébration du mariage, Duranton, 2, n. 187; Maleville, sur l'art. 172; Vazeille, 1, n. 145 et s.; Demolombe, 3, n. 30 et s. V. cependant Toullier, *loc. cit.*; Merlin, *Rép.*, v° *Peine contract.*, § 1, n. 5; Chardon, *Dol et fraude*, 3, n. 426.]

[5] [V. *inf.*, note 7.]

[6] [Sous l'ancien droit, les fiançailles formaient un empêchement tant au mariage de l'un des fiancés avec une autre personne, qu'avec les parents en ligne directe de l'autre fiancé, Pothier. *Du mar.*, part. 2, ch. 1er, art. 5; *Dict. de droit canonique*, v° *Fiançailles*.]

[7] [Tous les auteurs sont d'accord pour reconnaître que l'inexécution d'une promesse de mariage peut donner lieu à des dommages-intérêts. Les uns, considérant cette promesse comme une obligation de faire valable, les accordent par application de l'art. 1142. V. Toullier et Merlin, *loc. cit.*; les autres et la plupart des arrêts n'accordent des dommages-intérêts que par application de l'art. 1382, et pour réparation du préjudice causé par l'inexécution de la promesse. V. Maleville, Vazeille, Duranton, Demolombe, *loc. cit.*; Nîmes, 6 août 1806; Colmar, 24 mars 1813; Amiens, 30 mai 1812; Cass., 17 août et 21 déc. 1814; Rouen, 28 fév. 1815; Cass., 6 juin 1821; Poitiers, 29 mai 1834, S. V., 34, 2, 354; Cass., 7 mai 1836, S. V., 36, 1, 574; 30 mai 1838, S. V., 38, 1, 492; 11 juin 1838, S. V., 38, 1, 492; Nîmes, 25 janv. 1839, S. V., 39, 2, 177. Or, dans ce dernier système, qui est celui que nous adoptons, il est évident que les dommages-intérêts ne sont pas dus par le fait seul de l'inexécution de la promesse, mais seulement quand, indépendamment de l'inexécution, il y a un préjudice causé. — Du reste, ils peuvent être accordés aussi bien pour un préjudice moral que pour un préjudice matériel, Trèves, 5 fév. 1808; Colmar, 13 mai 1818 et 23 janv. 1833, S. V., 34, 2, 40. — Au surplus, il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement et le préjudice et les dommages-intérêts, Cass., 30 mai 1838, S. V., 38, 1, 492; Demolombe, 3, n. 30.]

[8] Les dommages-intérêts doivent être aussi bien du *lucrum cessans* que du *damnum emergens*; Toullier, 6, n. 293 et s. D'autres auteurs les restreignent au *damnum emergens*. V. Maleville, sur l'art. 172; Duranton, 2, n. 288 et s.; 10, n. 310 et s.; Agen, 2 avril 1810; Metz, 18 juin 1818; Poitiers, 29 mai 1834, S. V., 43, 2, 354. [Et c'est avec raison, dans notre système, puisque les dommages-intérêts ne sont à la fois du gain qu'on a manqué de faire et de la perte qui a été éprouvée que lorsqu'il s'agit de l'inexécution d'une obligation, art. 1149.] Dans aucun cas une demande en dommages-intérêts ne peut être fondée sur le motif que la fiancée est devenue enceinte, arg. art. 340; Vazeille, 1, n. 145 et s. [L'opinion contraire est préférable, alors du moins que la séduction est avouée, Cass., 24 mars 1845, S. V., 45, 1, 539; Bordeaux, 23 nov. 1852, S. V., 53, 2, 245. — V. Demolombe, 3, n. 29.]

riage : une pareille stipulation serait nulle, comme gênant la liberté des mariages [9], arg. art. 6 et 1108.

Quant à la dot et aux cadeaux faits en vue du mariage (*sponsalitia largitas*), ils peuvent être répétés par celui qui les a donnés [10].

Dans tous les cas, l'effet obligatoire des fiançailles cesse pour une des parties du moment où l'autre lui a, d'après l'appréciation du juge, donné de justes motifs de craindre que leur union ne fût malheureuse [11], arg. art. 1184.

CHAPITRE IV.

DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE.

SECTION Ire. — NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 118. *Définition.—Des différentes espèces d'empêchements.*

On appelle empêchement de mariage, *impedimentum matrimonii*, toute cause d'obstacle à la célébration d'un mariage, et à l'union légitime d'un homme et d'une femme, ou ayant pour effet de faire considérer comme nul un mariage déjà célébré. Les empêchements de mariage sont donc ou prohibitifs, ou dirimants, *impedimenta matrimonii sunt vel impedientia tantùm, vel dirimentia*, selon qu'ils forment simplement obstacle à la conclusion du mariage, ou qu'ils entraînent la nullité d'un mariage accompli. Ils se distinguent les uns des autres par la différence de leurs conséquences civiles [1].

Il n'y a d'empêchements dirimants que ceux à raison desquels une disposition expresse permet de demander la nullité du mariage [2].

[9] La convention est *contra bonos mores*, Duranton, 10, n. 310 et s.; [Vazeille, 1, n. 145 et s.; Maleville, sur l'art. 172; Demolombe, 3, n. 31.]—*Contrà*, Toullier et Merlin, *loc. cit.* — Mais on peut valablement s'engager au remboursement des dépenses faites par suite de la promesse de mariage, et qui sont devenues sans objet, à raison de son inexécution, Cass., 27 juin 1833, S. V., 33, 1, 548.

[10] Merlin, *Rép.*, v° *Fiançailles*, § 7.

[11] V. Vazeille, *loc. cit.*; [Demolombe, 3, n. 29.]

[1] *De leurs conséquences civiles*; car tant l'inobservation de certains empêchements prohibitifs que celle de certains empêchements dirimants donne lieu à une peine, Pén., art. 192 et s.; l'application de cette peine est d'ailleurs indépendante de la validité du mariage, Pén., art. 195; Turin, 6 avril 1808.

[2] Tel est du moins le système de la Cour de cassation. [V. entre autres, Cass., 12 nov. 1839, S. V., 39, 1, 826, et 12 nov. 1844, S. V., 45, 1, 246.] Et en effet le système opposé se prête trop à une interprétation arbitraire. D'ailleurs dans le doute on doit se décider en faveur du mariage, *in dubio pro matrimonio*. V. la discussion du Code Napoléon, Locré, 2, p. 201; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2; [Demolombe, 3, n. 237 et s.; Marcadé, 1, p. 454 et s., et sur l'art. 180.

Les empêchements dirimants sont en même temps prohibitifs quand, d'après la nature de l'empêchement, ces deux caractères ne sont pas incompatibles[3].

Les empêchements de mariage, soit prohibitifs, soit dirimants, sont ou d'ordre public ou d'intérêt privé, selon qu'ils sont déterminés par un intérêt public ou par un intérêt privé. Ils sont ou *absolus*, ou *relatifs*, selon qu'ils peuvent ou non être invoqués par tous les intéressés, et même par le ministère public.

Quoique cette division soit applicable en principe aux empêchements simplement prohibitifs comme aux empêchements dirimants, elle n'est pourtant d'un intérêt pratique que par rapport à ces derniers. V. § 119, note 4 et s. Les empêchements dirimants d'ordre public sont d'ordinaire aussi des empêchements absolus[4], tandis que les empêchements d'intérêt privé, lors même qu'ils sont dirimants, ne constituent que des empêchements relatifs. Les empêchements de mariage absolus ne conservent pas d'ailleurs toujours ce caractère. V. art. 190. Enfin les empêchements de mariage sont ou *permanents*, ou seulement *temporaires*. L'empêchement résultant de l'âge appartient à cette dernière catégorie[5].

SECTION II. — DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES EMPÊCHEMENTS AVANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

§ 119.— *De l'opposition au mariage.*

Les empêchements de mariage, tant prohibitifs que dirimants, car ces derniers participent sous ce rapport du caractère des premiers, V. § 118, ont pour conséquence la faculté accordée à certaines personnes de mettre obstacle au mariage projeté en y formant opposition, c'est-à-dire au moyen d'une protestation formelle contre sa célébration. Le législateur, pour prévenir l'abus qui pourrait être fait du droit d'opposition, ne l'a reconnu qu'à certaines personnes, avec cette distinction d'ailleurs qu'il n'appartient sans réserve qu'à quelques-unes d'entre elles, et qu'il est restreint pour les autres à certains cas déterminés[1]. Ce droit ne

passim. — Il ne faut pas au surplus confondre les empêchements dirimants avec l'absence des conditions essentielles du mariage. V. *sup*., § 108, note 5, et § 110.]

[3] Ainsi, par exemple, l'*impedimentum vis* et l'*impedimentum erroris* sont à la fois dirimants et prohibitifs.

[4] V. cependant art. 189.

[5] V. la discussion sur les art. 180 et s., dans Locré, 2, p. 206. Bien que le mot empêchement ne figure même pas dans le Code Napoléon, on peut prendre cette discussion pour base de l'exposé de la théorie des empêchements ou des conditions de la validité du mariage.

[1] Discussion sur l'art. 172 et s. Le Code a peut-être resserré dans des limites

peut donc être étendu au delà des limites fixées[2], ni relativement aux personnes, ni relativement aux cas. Seulement il est loisible à chacun d'informer l'officier de l'état civil des empêchements existants, qui peuvent, dans tel cas donné, faire obstacle au mariage; et ce fonctionnaire sursoit, s'il y a lieu, à la célébration du mariage[3].

Les seules personnes auxquelles la loi reconnaisse d'une manière *absolue* le droit de faire acte d'opposition au mariage sont : d'abord le père, et ensuite la mère, quand le père n'existe plus ou est hors d'état d'exercer ce droit[4]; les aïeuls et aïeules, quand les père et mère sont décédés ou autrement empêchés; enfin les bisaïeuls et bisaïeules[5]. Ce droit appartient aux personnes qui viennent d'être désignées, quel que soit l'âge des enfants, art. 173. Du reste, ce droit ne leur appartient pas d'une manière absolue,

trop étroites le droit d'opposition. V. Vazeille, 1, n. 163, 165 et 168; [Delvincourt, 1, p. 58; Toullier, 1, n. 581; Duranton, 2, n. 192; Demolombe, 3, n. 136.]

[2] Ainsi la loi n'accorde nulle part au ministère public le droit d'opposition, Paris, 26 avril 1833, S. V., 33, 2, 286; Merlin, v° *Mariage* et *Opposit. à mar.*; Toullier, 1, n. 591 et s.; [Vazeille, n. 165; Ortolan, du *Min. publ.*, 1, liv. 2, tit. 1, ch. 4, § 1; Allemand, n. 285. On doit au contraire reconnaître au ministère public le droit de former opposition au mariage dans tous les cas où cette opposition est fondée sur un empêchement d'ordre public, dirimant ou prohibitif : il trouve ce droit, soit dans l'art. 46 de la loi du 20 avril 1810, qui le charge de poursuivre d'office l'exécution des lois dont les dispositions intéressent l'ordre public, soit dans l'art. 184, qui, en lui donnant qualité pour demander la nullité des mariages contractés malgré les empêchements de cette nature, lui donne à plus forte raison le droit de s'y opposer, Delvincourt, 1, p. 58; Duranton, 2, n. 201; Valette sur Proudhon, 1, p. 240; Rieff, n. 169; Marcadé, sur l'art. 175; Demolombe, 3, n. 151. Le ministère public peut donc former opposition au mariage d'un prêtre, Bordeaux, 20 juill. 1807; Limoges, 17 janv. 1846, S. V., 46, 2, 97; — à un second mariage avant la dissolution du premier, Cass., 2 déc. 1851, S. V., 52, 1, 54.]

[3] Toullier et Duranton, *loc. cit.*; [Valette sur Proudhon, 1, p. 419; Demolombe, 3, n. 152.]

[4] Locré, sur l'art. 173. — Ainsi c'est seulement à défaut du père que la mère a un droit d'opposition, lors même que l'enfant se trouve dans le cas de l'art. 148, et a besoin du consentement de ses père et mère. Celle-ci n'a alors d'autre droit que de s'adresser à l'officier de l'état civil et de le prévenir que son consentement n'a pas été demandé. [Il a cependant été décidé que la mère a la voie de l'opposition pour contraindre l'enfant à lui demander son consentement, Riom, 30 juin 1817; Merlin, *Rép.*, v° *Opposition à mariage*, n. 4; Vazeille, n. 118; Duranton, 2, n. 77; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 194; Rieff, n. 209. Mais cette opinion est en contradiction manifeste avec l'art. 173. D'ailleurs, en cas de dissentiment, le consentement du père suffisant, il n'y a aucune nécessité d'accorder à la mère un droit d'opposition à un mariage que son refus ne pourrait empêcher, Demolombe, 3, n. 139 et 140.]

[5] [Les bisaïeuls et bisaïeules sont compris dans l'art. 173 sous la dénomination d'aïeuls et aïeules, et viennent après ces derniers, Marcadé, sur l'art. 173; Demolombe, 3, n. 140. — L'aïeule n'a le droit d'opposition qu'à défaut de l'aïeul de la même ligne; la bisaïeule, qu'à défaut du bisaïeul; mais les aïeuls ou aïeules d'une ligne ont le droit d'opposition concurremment avec les aïeuls ou aïeules de l'autre ligne, et il en est de même des bisaïeuls et bisaïeules, Locré et Delvincourt, sur l'art. 173; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Demolombe, 3, n. 140. — Les père et mère d'un enfant naturel reconnu ont le droit d'opposition de la même manière que ceux d'un enfant légitime, art. 158, Demolombe, 3, n. 142.]

en ce sens qu'il dépende d'elles d'empêcher en tout état de cause le mariage contre lequel leur opposition est formée ; l'opposition ne vaut que par l'empêchement légal sur lequel elle repose, et qu'autant que l'existence de cet empêchement est établie. Leur droit d'opposition n'est absolu qu'en ce sens qu'il peut être exercé à raison de tout empêchement pouvant faire obstacle au mariage [6].

Les personnes auxquelles le droit de former opposition appartient, mais dans certains cas seulement, sont d'abord : le frère ou la sœur, l'oncle ou la tante, le cousin ou la cousine germains [7], majeurs [8] : quand les ascendants sont décédés ou dans l'impossibilité d'agir [9], ils peuvent alors s'opposer au mariage, mais seulement dans les deux cas suivants : 1° lorsque le futur n'a pas obtenu le consentement du conseil de famille, exigé par l'art. 160 ; 2° lorsqu'il est en état de démence [10]. Toutefois l'opposition fondée sur ce dernier motif n'est admissible qu'à la charge pour l'opposant de provoquer en même temps l'interdiction du futur époux [11], et d'y faire statuer dans le délai qui sera fixé par le juge [12]. Le juge appelé à statuer sur l'opposition peut au surplus, dans

[6] Locré, 2, p. 162 ; Vazeille, n. 159 ; Merlin, *loc. cit.*; Duranton, 2, n. 191 ; [Chardon, *Puiss. pat.*, n. 250 ; Marcadé, sur l'art. 173; Demolombe, 3, n. 140; Bordeaux, 22 mai 1806 ; Cass., 7 nov. 1814 ; Caen, 19 mars 1839, S. V., 39, 2, 275 ; Montpellier, 12 août 1839, S. V., 39, 2, 541.] V. cependant Delvincourt, sur l'art. 173 ; [Bourges, 30 mars 1813 ; Caen, 9 juin 1813. Cette dernière opinion, qui aurait pour effet de rendre indéfinis et indéterminés les empêchements de mariage, ne peut être admise.]

[7] Mais non les autres parents. [Même les enfants de celui qui veut se marier, Bruxelles, 22 avril 1806 et 25 sept. 1812 ; Aix, 16 mars 1813 ; Nîmes, 13 août 1823 ; Toulouse, 9 janvier 1839, S. V., 39, 2, 274; Lyon, 11 déc. 1850, S. V., 51, 2, 189; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Valette sur Proudhon, 1, p. 423 ; Toullier, 1, n. 585 ; Duranton, 2, n. 193 ; Vazeille, n. 165 ; Demolombe, 3, n. 144.] L'art. 174 ne doit s'entendre d'ailleurs que des parents de la partie d'où vient l'empêchement.

[8] [Et non s'ils sont mineurs même émancipés, Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.* En cas de minorité l'opposition ne peut même être formée, au nom du mineur, par le tuteur ou le curateur qui ne sauraient avoir l'exercice d'un droit qui n'appartient pas au mineur, Demolombe, 3, n. 143.—*Contrà*, Merlin, *loc. cit.*]

[9] Duranton, 2, n. 195.

[10] Ce qui comprend l'imbécillité et la folie furieuse, Delvincourt, sur l'art. 174 ; [Demolombe, 3, n. 146.]

[11] A plus forte raison les parents désignés en l'art. 174 peuvent-ils former opposition lorsque le futur époux est déjà interdit ou que le procès en interdiction est déjà intenté, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2. [Les parents d'ailleurs ne sont pas obligés de provoquer l'interdiction en même temps qu'ils forment opposition. Il suffit que l'interdiction soit provoquée avant que le tribunal soit appelé à statuer sur la demande en mainlevée de l'opposition, Duranton, 2, n. 196 ; Demolombe, 3, n. 146.—Mais l'interdiction ne serait pas suffisamment provoquée par l'offre de l'opposant de faire statuer sur l'interdiction dans le délai qui serait fixé par le jugement : il faut qu'il introduise sa demande dans les formes ordinaires, Colmar, 10 déc. 1810 ; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Duranton, 1, n. 196; Rieff, n. 168 ; Demolombe, 3, n. 146.]

[12] Le juge ne pourra donc pas se contenter de répondre à la demande en mainlevée d'opposition par un sursis indéfini jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la poursuite en interdiction. Il doit fixer un délai, Lyon, 24 janv. 1828.

ce dernier cas, en prononcer la mainlevée[13], sans s'arrêter à la demande en interdiction, si dès l'abord elle lui paraît mal fondée, art. 174.

Le droit de former opposition appartient encore[14], dans les deux cas ci-dessus, au tuteur ou curateur du futur époux, s'il y a été autorisé par le conseil de famille. Le tuteur ou le curateur peuvent d'ailleurs provoquer eux-mêmes la convocation du conseil de famille pour obtenir cette autorisation[15], art. 175.

Enfin, le droit d'opposition appartient à la personne engagée par un mariage encore existant[16], à l'un ou à l'autre des futurs, art. 172.

Quoique le droit d'opposition soit limité à certaines personnes et restreint à certains cas, l'officier de l'état civil n'en doit pas moins surseoir à la célébration du mariage et s'arrêter devant toute opposition, lors même qu'elle serait radicalement inadmissible. Il n'appartient qu'au juge d'en prononcer le rejet[17], art. 68.

§ 120. *Suite.—De la forme de l'opposition.*

L'opposition est formée par exploit d'huissier[1]. Cet acte doit être signé sur l'original et sur la copie[2] par les opposants ou par

[13] Toutefois sous la réserve d'appel. — Observ. du Tribunat sur l'art. 174; [Demolombe, 3, n. 146.] Le juge peut rejeter immédiatement l'opposition si les faits articulés ne sont pas pertinents. Il peut aussi ordonner la comparution personnelle du futur époux à l'effet de soumettre son état mental à l'épreuve d'un interrogatoire, Toullier, 1, n. 585; Merlin, *Rép.*, v° *Opposit. à mar.* Mais si l'opposition est formée par des ascendants, il ne peut en être donné mainlevée avant le jugement de l'interdiction, Merlin, *loc. cit.*; Bruxelles, 15 déc. 1812. [Cette dernière solution nous paraît devoir d'autant moins être suivie qu'aucune disposition ne subordonne l'opposition des ascendants, quand elle est fondée sur la démence, au jugement préalable de l'interdiction.]

[14] [Pour les mêmes causes et concurremment avec les parents.]

[15] L'art. 175 ne doit s'entendre que du tuteur du futur époux et non du tuteur d'un parent. [V. *sup.*, note 8.] Il doit s'entendre non-seulement du tuteur d'un mineur, mais encore du tuteur d'un majeur interdit. [Marcadé, sur l'art. 175; Demolombe, 3, n. 148.] V. cependant Duranton, 2, n. 197 et s.

[16] C'est-à-dire par un mariage considéré comme tel, non-seulement d'après les lois de l'Eglise, mais encore d'après celles de l'Etat, par exemple, par un mariage qui ne serait pas célébré seulement devant un prêtre, Cass., 16 oct. 1809.

[17] V. Maleville, sur l'art. 176; Duranton, 1, n. 203; [Coin Delisle, sur l'art. 68; Huteau d'Origny, tit. 7, ch. 5, § 3, n. 2; Rieff, n. 179; Demolombe, 3, n. 165. V. cependant Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*, et Marcadé, sur l'art. 176.]

[1] Pigeau, 2, p. 437. [L'huissier ne pourrait refuser son ministère, quel que fût l'opposant et quels que fussent les motifs de l'opposition, Demolombe, 3, n. 155; Marcadé, sur l'art. 176] — L'opposition au mariage peut être faite jusqu'au dernier moment, Vazeille, 1, n. 177; [Demolombe, 3, n. 162. Il suit de là, selon un arrêt de Montpellier, du 12 août 1839, S. V., 39, 2, 541, que le père peut notifier lui-même son opposition au moment de la célébration du mariage. Cette solution n'est pas exacte: si l'opposition ainsi formée par le père, ou tout autre ascendant dont le consentement est nécessaire, empêche la célébration, ce n'est pas en tant qu'opposition, c'est comme refus de consentement.]

[2] [A peine de nullité: l'opposition doit

leurs fondés de procuration spéciale et authentique. Il est signifié, avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile des futurs époux[3], et à l'officier de l'état civil du lieu où les publications ont été faites, ou du lieu où doit être célébré le mariage[4]. Ce fonctionnaire doit mettre son *visa* sur l'original[5], art. 66.

Tout acte d'opposition doit énoncer la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former[6]. Il doit contenir élection de domicile dans le lieu où le mariage devra être célébré[7], et, à moins qu'il ne soit fait à la requête d'un ascendant, l'indication des motifs de l'opposition, c'est-à-dire de l'empêchement ; le tout à peine de nullité, et de l'interdiction de l'officier ministériel qui aurait signé l'acte contenant l'opposition, art. 176. V. § 119, note 6, et § 122.

§ 121. *De l'effet des oppositions.*

Lorsqu'une opposition a été formée, l'officier de l'état civil doit surseoir à la célébration du mariage[1], jusqu'à ce qu'il en ait été donné mainlevée, soit par un désistement régulier[2], arg. art. 67, soit par un jugement, § 122. Cependant le mariage, célébré malgré l'existence d'une opposition, même maintenue par jugement, n'est pas nul pour ce seul fait, si d'ailleurs il ne se rencontre aucun moyen de nullité résultant d'un empêchement dirimant[3]. Seule-

être un acte personnel à l'opposant, Liège, 24 oct. 1812; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Marcadé, sur l'art. 176; Demolombe, 3, n. 154.—*Contrà*, Vazeille, 1, n. 171 ; Coin Delisle, sur l'art. 66.]

[3] Aux deux futurs sans distinction, Delvincourt, sur l'art. 66; [Demolombe, 3, n. 158.]

[4] [L'art. 66 dit simplement : à l'officier de l'état civil : il est évident que cela ne peut s'entendre que de celui du lieu où le mariage sera célébré, ou, comme on peut ignorer en quel lieu le mariage sera célébré, de l'officier de l'état civil du lieu où les publications ont été faites, Duranton, 2, n. 210; Vazeille, 1, n. 172; Delvincourt, sur l'art. 66; Demolombe, 3, n. 160; Marcadé, sur l'art. 176.—Proudhon, 1, n. 424, dit que la signification doit être faite à l'officier de l'état civil du domicile de l'opposant. On ne comprendrait pas l'utilité de cette signification.]

[5] [Sans pouvoir le refuser, Demolombe, 3, n. 159.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Opposition au mariage*.

[7] Si la célébration du mariage peut avoir lieu en plusieurs endroits, l'élection de domicile devra être faite au lieu du domicile du futur contre lequel est dirigée l'opposition, ou au lieu de la célébration, s'il est indiqué dans les publications. Le plus sûr est cependant d'élire simultanément domicile dans les diverses localités où le mariage peut être célébré. [Nous croyons qu'en aucun cas l'opposant ne peut être tenu de faire plusieurs élections de domicile.] V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 176 ; Pigeau, 2, p. 439; Merlin, *Rép.*, v° *Opposition à mariage*; Vazeille, 1, n. 170; Duranton, 2, n. 208; [Demolombe, 3, n. 156.]

[1] [Sur le point de savoir si l'officier de l'état civil doit s'arrêter devant une opposition irrégulière, V. *sup.*, § 119.] Si l'opposition était fondée sur un empêchement d'ordre public, l'officier de l'état civil devrait, malgré la mainlevée, se refuser à la célébration du mariage, Proudhon, 1, p. 241; [Demolombe, 3, n. 164.]

[2] [Sur la forme du désistement, V. *sup.*, § 112, note 4.]

[3] L'*interdictum judicis* n'est donc pas en lui-même un *impedimentum matrimonii dirimens*, Maleville et Delvincourt, sur l'art. 68 ; [Demolombe, 3, n. 170 ; V. cependant Marcadé, sur l'art. 176.]

ment, l'officier de l'état civil qui a procédé à la célébration du mariage sans tenir compte de l'opposition est passible de trois cents francs d'amende, et est tenu en outre, envers les parties intéressées, des dommages résultant pour elles de la célébration irrégulière du mariage, art. 68. De plus la loi, pour mieux assurer le respect des oppositions, enjoint à l'officier de l'état civil de les inscrire sommairement sur le registre des publications, § 111, et de mentionner en marge les jugements ou autres actes de mainlevée, art. 67. L'acte de mariage doit de plus énoncer les oppositions, s'il y en a eu, leur mainlevée, ou la mention qu'il n'y a point eu d'oppositions, art. 76.

§ 122. *De la mainlevée des oppositions.*

La demande en mainlevée de l'opposition [1], *provocatio ad agendum*, appartient au futur contre lequel l'opposition est dirigée ; elle appartient à tous les deux, quand l'opposition est dirigée contre l'un et contre l'autre [2]. Elle peut être portée devant le tribunal de première instance du lieu où le demandeur, qui est au fond le défendeur, a son domicile spécial pour la célébration du mariage [3]. V. § 112, note 1.—Cette demande n'a pas besoin d'être précédée du préliminaire de la conciliation [4], arg. art. 49 Pr.— La procédure est sommaire, et l'affaire doit être jugée avec célérité, tant en première instance qu'en appel [5]. V. art. 177 et 178. Le pourvoi en cassation contre l'arrêt qui donne mainlevée de l'opposition n'est

[1] [Cette demande peut être formée avant l'expiration du délai d'un mois, à partir de l'acte respectueux, bien que pendant ce délai l'enfant ne puisse pas contracter mariage, Grenoble, 27 mai 1845, S. V., 46, 2, 399. — *Contrà*, Amiens, 18 janv. 1840, S. V., 41, 2, 549.]

[2] [Duranton, 2, n. 209 ; Vazeille, 1, n. 171 ; Demolombe, 3, n. 165.]

[3] Elle peut aussi être portée devant le tribunal du domicile réel de l'appelant, Pr., art. 59; Duranton, 2, n. 212; [Locré, 2, p. 173 ; Merlin. *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Vazeille. 1, n.174; Rieff, n.173; Chardon, n. 249; Paris, 23 mars 1829. — Ou bien encore devant le tribunal du domicile élu dans l'opposition, Paris, 9 oct. 1809; Bruxelles, 6 déc. 1830 ; Bordeaux. 7 janv. 1840, S. V., 40, 2, 249 ; Paris, 25 mars 1841, S. V., 41, 2. 432 ; Douai, 15 nov. 1841, S. V., 42, 2, 301 ; et les auteurs précités.

[4] [Une demande de cette nature requiert évidemment célérité, Angers, 21 prair. an XI ; Bourges, 2 janv. 1810 ; Douai, 22 avril 1819 ; Bruxelles, 29 mars 1828 ; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Vazeille, 1, n. 173; Toullier, 1, n. 589; Duranton, 2, n. 211 ; Chauveau sur Carré, n. 209 *bis*, Demolombe, 3, n.166.—*Contrà*, Amiens, 30 vent. an XII ; Bordeaux, 12 fruct. an XIII.]

[5] [C'est en ce sens que doivent être entendus les art. 177 et 178, qui portent qu'en première instance et en appel il sera statué dans les dix jours de la citation : cela veut dire que dans les dix jours l'affaire sera portée à l'audience et ne subira pas les lenteurs du rôle ; mais non que l'affaire sera jugée dans les dix jours, ce qui serait le plus souvent impossible. V. Marcadé, sur l'art. 177 ; Demolombe, 3, n. 167. — Dans tous les cas, le délai de dix jours n'est pas fatal, Cass., 4 nov. 1807 ; Toullier, 1, n. 533 et 589 ; Vazeille, 1, n. 175 ; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Rieff, n. 173 ; Demolombe, 3, n. 167.]

pas suspensif[6]. Si l'opposition est rejetée, les opposants, autres néanmoins que les ascendants[7], peuvent être condamnés à des dommages et intérêts[8], art. 179. Si l'opposition est annulée pour vice de forme, elle peut être réitérée[9].

SECTION III. — DES CONSÉQUENCES JURIDIQUES DES EMPÊCHEMENTS APRÈS LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

§ 123. *De l'action en nullité de mariage.*

Le mariage célébré au mépris d'empêchements dirimants n'est pas pour cela nul de plein droit; il peut seulement être attaqué par une demande en nullité, et être déclaré nul par jugement. La demande en nullité ne peut être formée que dans les cas déterminés par la loi, § 118, et par les personnes auxquelles elle en reconnaît expressément le droit[1].

[6] [Il suit de là que nonobstant le pourvoi contre l'arrêt qui fait mainlevée de l'opposition, le mariage peut être célébré. Mais si l'arrêt est cassé, et par suite les choses remises au même état qu'avant l'arrêt, le mariage tombera-t-il avec tous les effets de l'arrêt? Evidemment non. L'effet du jugement ou de l'arrêt qui maintiennent l'opposition ou qui en font mainlevée n'est pas de faire qu'il pourra ou qu'il ne pourra pas être passé outre au mariage, c'est dire que l'opposition tiendra ou ne tiendra pas. Ces jugements ou arrêts n'ont donc aucun effet relativement à la validité du mariage contracté malgré l'opposition. De même que le mariage célébré au mépris d'une opposition n'est pas nul, V. *sup.*, § 121; de même le mariage n'est pas nul quand cette opposition a été maintenue par jugement ou arrêt; et de même qu'il n'est pas nul, bien que célébré au mépris de l'arrêt qui maintient l'opposition, de même il ne peut devenir nul, célébré après un arrêt qui donne mainlevée de l'opposition, quand cet arrêt vient à être cassé. En définitive, l'effet de la cassation, qui est de remettre les choses au même état qu'avant l'arrêt cassé, ne peut aller plus loin que l'effet que cet arrêt aurait produit s'il avait jugé dans un sens contraire à celui qui a déterminé sa cassation, Riom, 27 juin 1806; Paris, 19 sept. 1815; Lyon, 13 fév. 1828; Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*; Chardon, n. 260; Rieff, n. 175; Demolombe, 3, n. 170. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 178. — A plus forte raison, le mariage ne peut-il être annulé s'il a été célébré après un jugement qui donne mainlevée de l'opposition et avant qu'il ait été interjeté appel du jugement, Rennes, 12 déc. 1814. Dans tous les cas qui précèdent le mariage n'est nul que s'il a été célébré malgré un empêchement dirimant; et l'opposition en elle-même n'est qu'un empêchement prohibitif.]

[7] Et le tuteur qui, avec l'autorisation du conseil de famille, a formé opposition dans les cas de l'art. 175, [Magnin, *Des minorités*, 1, n. 161. — Mais l'ascendant qui succombe doit être condamné aux dépens, Paris, 19 sept. 1815; Duranton, 2, n. 217; Chauveau, *Comm. de tarif*, 1, p. 202, n. 45; Demolombe, 3, n. 175. — *Contrà*, Amiens, 15 fév. 1806; Caen, 10 déc. 1819. — Les tribunaux peuvent d'ailleurs, selon les circonstances, compenser les dépens. Mêmes autorités. Selon Marcadé, sur l'art. 179, les dépens devront toujours être compensés.]

[8] [V. Bruxelles, 7 nov. 1816.]

[9] Delvincourt, sur l'art. 173; Vazeille, 1, n. 177; Duranton, 2, n. 206; [Rieff, n. 174; Demolombe, 3, n. 176. — De droit commun on peut toujours recommencer un acte nul en la forme.] En sens contraire, Merlin, *loc. cit.*; [Chardon, n. 257; Bruxelles, 26 déc. 1812. — Si au contraire l'opposition a été rejetée au fond, l'autorité de la chose jugée s'oppose à ce qu'elle puisse être renouvelée pour le même motif, mais rien n'empêche qu'elle puisse l'être pour un motif nouveau, Demolombe, *ibid.*]

[1] [V. les art. 180 et s. — Sur le droit du ministère public d'agir non-seulement pour faire annuler un mariage, mais encore pour en empêcher l'annulation, V. *sup.*, § 113, note 11.]

Lorsque la nullité d'un mariage est prononcée, cette déclaration annule en même temps tous les effets civils résultant du mariage en tant que mariage[2]. Néanmoins le mariage, bien que nul, peut, à raison des rapports de fait qu'il a établis, engendrer certains droits et certaines obligations[3]. Ainsi une communauté de biens provisoire entre les époux peut résulter du fait d'un mariage nul[4]. Ainsi encore la célébration d'un mariage nul peut, lorsqu'elle constitue un délit ou un quasi-délit, donner lieu à une action en dommages et intérêts contre la partie de laquelle procède la nullité, au profit de l'autre partie[5]. Du reste, des époux dont le mariage a été déclaré nul peuvent toujours dans la suite, si les causes d'empêchement ont cessé, contracter de nouveau mariage[6].

§ 124. *Des dispenses et des fins de non-recevoir en matière de nullité du mariage.*

Certains empêchements de mariage, V. § 126, notes 1 et 9, peuvent être levés par des dispenses obtenues avant la célébration du mariage. Ces empêchements sont : 1° l'empêchement d'âge, art. 145; 2° la prohibition de mariage entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu, art. 164 ; et 3° la prohibition de mariage entre le beau-frère et la belle-sœur, Loi du 17 avril 1832. V. aussi art. 169, et *sup.*, § 32. En ce qui touche l'autorité chargée d'accorder ces dispenses et la marche à suivre pour les obtenir, V. l'arrêté du gouvernement du 20 prairial an XI [et une circul. minist. sur la loi du 17 avril 1832[1].]

Il est des cas dans lesquels un mariage nul dans le principe peut être maintenu comme valable par suite d'une circonstance survenue ultérieurement, qui a pour résultat d'en couvrir la nullité.

[Ainsi l'approbation expresse ou tacite de ceux dont le consentement était nécessaire à la validité du mariage les rend, et l'époux avec eux, non recevables à attaquer ce mariage pour absence de consentement, art, 183. V. *inf.*, § 126 et s.]

Ainsi on peut se désister d'une action en nullité de mariage,

[2] *Resolutio matrimonii fit ex tunc*, Toullier, 1, n. 652. [Demolombe, 3, n. 344.]

[3] Ainsi il produit l'alliance et, par suite, l'empêchement qui en résulte, art. 161 et 162. La question est controversée. [Toutefois nous sommes de l'avis de notre auteur ; si le lien naturel ne suffit pas pour produire l'alliance au point de vue des droits civils qui en résultent, il doit suffire au point de vue des empêchements qui sont fondés autant sur la morale et le droit naturel que sur le droit civil, Duranton, 2, n. 159; Marcadé, sur l'art. 161; Allemand, n. 50 et s.—*Contrà*, Demolombe, 3, n. 547.]

[4] Pothier, *Tr. de la comm.*, n. 20; Toullier, 1, n 665. [V. sur ce point *inf.*, § 125, note 6.]

[5] Toullier, 1, n. 624; Vazeille, 1, n. 248; [Demolombe, 3, n. 349.]

[6] Maleville, sur l'art. 182.

[1] [S. V., 32, 2, 219.]

pourvu toutefois que cette action ne repose pas sur un empêchement d'ordre public, mais sur un empêchement d'intérêt privé[2]; ainsi encore l'action en nullité peut être éteinte par la prescription[3]. V. *inf.*, § 126 et s. Mais cette exception ne pourrait être opposée à une action motivée sur un empêchement d'ordre public, alors même que cet empêchement résulterait d'un délit, et que l'action publique dérivant de ce délit serait prescrite[4].

§ 125. *Du mariage putatif.*

La règle d'après laquelle le mariage dont la nullité a été prononcée ne peut produire d'effets juridiques souffre pourtant une *exception*, dans le cas d'un mariage putatif, c'est-à-dire si l'un des conjoints, ou tous les deux, n'ayant pas eu connaissance de l'empêchement qui fait obstacle à leur union, ont contracté mariage de bonne foi, art. 201 et 202. Pour pouvoir invoquer le bénéfice de cette exception, il faut que le mariage, quoique nul, ne manque pas cependant des conditions essentielles de son existence. V. § 108 et 110. Néanmoins, il semble que l'exception, en raison de son motif, devrait également être étendue aux cas où, bien qu'il y ait défaut des conditions essentielles du mariage, l'une ou l'autre partie croyait cependant sérieusement et de bonne foi avoir contracté mariage. On peut dire, dans ce sens, que le Code civil, en parlant d'un mariage nul, art. 201, n'a pas exactement tenu compte de la différence entre le mariage annulable et le mariage inexistant[1]. V. § 108, note 3. Il faut encore que les deux

[2] V. art. 183, 185; [Toullier, 1, n. 629; Duranton, 2, n. 329; Demolombe, 3, n. 313.]

[3] Spécialement dans le cas de l'art. 180 Dans le cas de cet article, l'action en nullité se prescrit par trente ans, et non par dix ans, comme dans le cas de l'art. 1304. [Marcadé, sur l'art. 184.] —*Contrà*, Duranton, 2, n. 278, [et Demolombe, 3, n. 268. Nous reviendrons sur ce point, *inf.*, § 127, note 7.]

[4] Delvincourt, 1, 149; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 2, § 2; Paris, 1er août 1818; [Demolombe, 3, n. 313.]

[1] La question est importante, notamment pour les mariages des émigrés [et des morts civilement.] Il faut, du moins, que le mariage ait été célébré avec une certaine solennité. V. Bourges, 17 mars 1830.—[Il nous paraît certain que le bénéfice attaché aux mariages putatifs peut être réclamé alors même qu'il s'agit d'un mariage nul et inexistant, V. Marcadé, sur l'art. 201, et non pas seulement quand il s'agit d'un mariage simplement annulable. V. Merlin, *Rép.*, v° *Légit.*, sect. 1, § 1, n. 7; Toullier, 1, n. 651 et s.; Vazeille, 1, n. 272 et s. Mais nous croyons aussi que les mariages nuls ou inexistants ne peuvent être des mariages putatifs qu'autant qu'ils ont été célébrés avec une solennité suffisante pour qu'il y ait une apparence de mariage telle que la bonne foi ait pu y être trompée. V. Demolombe, 3, n. 354 et s. — Ainsi, un mariage contracté devant un prêtre ne peut être réputé contracté sérieusement et de bonne foi, Bourges, 17 mars 1830; tandis qu'il pourrait en être autrement du mariage contracté devant un faux officier de l'état civil, Marcadé, sur l'art. 201.—*Contrà*, Demolombe, n. 354; et à plus forte raison lorsque le mariage a été célébré devant un officier de l'état civil, quels que soient d'ailleurs

parties, ou l'une d'elles, aient été dans une erreur de droit ou de fait [2] sur la cause de non-validité du mariage. Il faut enfin que, eu égard aux circonstances, cette erreur soit excusable [3]. Il suffit d'ailleurs que la bonne foi ait existé à l'époque de la conclusion du mariage [4], et il semble qu'elle doive être ordinairement présumée jusqu'à preuve contraire [5].

Le mariage putatif produit plusieurs effets juridiques : ainsi les effets civils du mariage sont acquis aux deux époux, si tous deux sont de bonne foi ; si l'un des deux est seul de bonne foi, il peut seul en réclamer le bénéfice [6]. Les enfants issus d'un mariage pu-

les vices de forme qui s'y rencontrent, Demolombe, 3, n. 335.—De même, bien que le mariage d'un mort civilement soit nul, néanmoins il peut produire ses effets civils relativement à l'époux de bonne foi, et aux enfants issus du mariage, Cass., 15 juin 1816; Rouen, 7 déc. 1820; Cass., 16 juin 1829; Bordeaux, 10 août 1831, S. V., 32, 2, 105; Toullier, 1, n. 284; Vazeille, 1, n. 280; Delvincourt, sur les art. 201 et 202; Duranton, 2, n. 129; Richefort, 2, n. 208; Demolombe, 3, n. 256; Marcadé, sur l'art. 201.—*Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 1, n. 5; Coin Delisle, *Droits civ.*, p. 81, n. 37.]

[2] *Lex non distinguit*. [Paris, 18 déc. 1837, S. V., 38, 2, 113; Limoges, 25 août 1841, S. V., 42, 2, 484; 5 janvier 1842, S. V., 42, 2, 583; Demolombe, 3, n. 357; Marcadé, sur l'art. 201. — *Contrà*, Colmar, 14 juin 1838, S. V., 38, 2, 345; Delvincourt, sur les art. 201 et 202; Toullier, 1, n. 658; Favard, v° *Mariage*, sect. 5, § 3, n. 2; Vazeille, 1, n. 272; Duranton, 2, n. 351; Richefort, 2, n. 210; Allemand, n. 607. — Il est bien évident, du reste, que l'erreur de droit doit être moins facilement admise que l'erreur de fait.]

[3] Toullier, 1, n. 654 et s.; Delvincourt, sur l'art. 201; [Demolombe, 3, n. 358; Marcadé, sur l'art. 201. Il faut, en d'autres termes, que l'erreur repose sur une ignorance pardonnable; ainsi on ne pardonnerait pas l'erreur de droit de celui qui épouserait sciemment un bigame, un mort civilement, Poitiers, 7 juin 1845, S. V., 45, 2, 215.]

[4] L'art. 201 dit: « Lorsqu'il a été contracté de bonne foi », Proudhon, 2, p. 6 et 7; Vazeille, 1, n. 283; [Marcadé, sur l'art. 201; Demolombe, 3, n. 360.]—*Contrà*, Toullier, 1, n. 655; Duranton, 2, n. 363; Delvincourt, sur l'art. 201. Ces auteurs admettent certaines distinctions.

[5] Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 1, n. 8. [Il faut distinguer l'erreur de fait de l'erreur de droit : L'erreur de fait se présume, *error potiùs quàm dolus præsumitur in eo qui palam malè fecit*; mais l'erreur de droit ne se présume pas, *nemo jus ignorare censetur*, Marcadé, sur l'art. 201. Du reste, c'est au juge à apprécier, Solon, *Des nullités*, 1, n. 200; Demolombe, 3, n. 359.]

[6] Sur les conséquences de la règle qui, en cas de mariage putatif, refuse aux deux époux ou à l'un d'eux, suivant que tous les deux ou un seul est de bonne foi, les effets civils du mariage, V. Toullier, 1, n. 661 et s.; Duranton, 2, n. 370 et s.; Bellot des Minières, *Traité du mar.*, 2, p. 60; [Vazeille, 1, n. 284; Marcadé, sur l'art. 201; Demolombe, 3, n. 367 et s.; Allemand, n. 618 et s. — Si donc les deux époux sont de bonne foi, la communauté se liquide comme si le mariage était dissous, au lieu d'être annulé. Les avantages ou donations que les époux ont pu se faire s'exécuteront aux mêmes conditions et aux mêmes époques que si le mariage eût été valable; mais ils ne conserveront ni l'un ni l'autre le droit de successibilité établi par l'art. 767, qui suppose dans le successible la qualité d'époux, au moment même de l'ouverture de la succession. — Si un seul des époux est de bonne foi, il aura le droit ou de demander le partage de la communauté suivant les conventions matrimoniales, ou de renoncer à ces conventions, dont le conjoint ne peut pas se prévaloir, pour demander le partage selon les règles de la société ordinaire; il aura seul droit aux donations, lors même qu'elles seraient réciproques. — Si c'est la femme qui est de bonne foi, elle peut, en renonçant à la communauté, retirer ses apports mobiliers, nonobstant l'art. 1492. — Si c'est la femme qui est de mauvaise foi, elle n'aura pas le droit de

tatif ont tous les droits d'enfants légitimes, même quand un seul des époux est de bonne foi [7], et on peut aller jusqu'à attribuer à ce mariage l'effet de légitimer les enfants nés antérieurement, à moins qu'il ne s'agisse d'enfants adultérins et incestueux [8]. Les père et mère et autres ascendants ont aussi sur les enfants issus d'un mariage putatif tous les droits des père et mère et ascendants légitimes. Il n'y a d'exception que pour celui des père et mère qui ne serait pas de bonne foi [9].

[A l'égard des tiers, le mariage putatif produit les effets civils d'un mariage valable, soit quant à l'hypothèque légale de la femme si elle est de bonne foi ; soit quant à la nécessité de l'autorisation maritale, toujours en supposant la femme de bonne foi [10].]

SECTION IV. — DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE CONSIDÉRÉS EN EUX-MÊMES.

§ 126. *Des empêchements dirimants.* — 1° *Des empêchements dirimants d'ordre public.*

L'homme avant dix-huit ans révolus, la femme avant quinze ans révolus, ne peuvent contracter mariage [1], art. 144. V. cependant art. 145 et § 124.

On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution

renoncer à la communauté, ce droit étant un des effets civils du mariage; mais elle pourra retirer ceux de ses apports qui ne sont pas entrés dans la communauté. Lyon, 22 juill. 1846, S. V., 47, 2, 49. — Quand la nullité d'un mariage provient de ce qu'il a été contracté avant la dissolution d'un premier mariage, le règlement des droits des deux communautés coexistantes donne lieu à de très-sérieuses difficultés pour la solution desquelles, au milieu des systèmes qui ont été émis, il faut tenir compte des circonstances et des conventions. V. sur ce point, Demolombe, 3, n. 377 et s., et Marcadé, sur l'art. 201 ; Toullier, 1, n. 665; Duranton, 2, n. 373 ; Vazeille, 1, n. 285; Bordeaux, 18 mai 1852, S.V., 52, 2, 609.]

7 [Et vis-à-vis même de l'autre époux, Demolombe, 3, n. 362; Duranton, 2, n. 364 et s.; sauf toutefois le cas où cet époux serait mort civilement, sa succession s'étant ouverte au jour de sa mort civile, Demolombe, 1, n. 207 ; Vazeille, 1, n. 281; Duranton, 2, n. 258; Richefort, 2, n. 200.]

8 [Il est évident que la légitimation des enfants naturels est un des effets civils du mariage, mais non la légitimation des enfants adultérins et incestueux, Delvincourt, sur les art. 201, 202; Duranton, 2, n. 356 ; Vazeille, 1, n. 275; Allemand, *Du mariage*, n. 635 ; Marcadé, sur l'art. 201 ; Demolombe, 3, n. 364.— *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Légit.*, sect. 2, § 2, n. 4 ; Proudhon, 2, p. 109 ; Toullier, 1, n. 657 ; Richefort, 2, n. 197, qui refusent la légitimation à tous sans distinction.]

9 [Demolombe, 3, n. 367 et 372.]

10 [Demolombe, 3, n. 379 et s.—Sur l'effet des donations faites aux époux ou par eux. V. Demolombe, 3, n. 381 et s.; Toullier, 5, n. 302 ; Duranton, 8, n. 586.]

1 [Sous l'ancien droit, l'âge requis pour contracter mariage était, comme en droit romain, 14 ans pour les garçons et 12 ans pour les filles; il était de 15 et de 13 sous le droit intermédiaire, L. 20 sept. 1792, tit. 4, art. 1er.—Il n'y a pas de limite d'âge après laquelle on ne puisse plus contracter mariage. L'art. 3 du Code civil de la Russie défend le mariage aux individus âgés de 90 ans révolus.—Sur les dispenses d'âge, V. *sup.*, § 124.]

du premier, soit par la mort[2], soit par le divorce[3], art. 147. V. Pén., art. 340. Toutefois, l'empêchement résultant d'un premier mariage, *impedimentum bigamiæ*, n'est dirimant qu'au cas où le premier mariage est valable[4]; d'où il suit que la demande en nullité de ce premier mariage constitue une exception préjudicielle sur laquelle il doit être statué préalablement au jugement de l'action en nullité dirigée contre le second[5], art. 189. D'un autre côté, un premier mariage, même nul, tant que la nullité n'en a pas été prononcée, crée aussi un empêchement à un second mariage, mais seulement un empêchement prohibitif[6]. V. § 106 et 128.

La parenté forme aussi un empêchement au mariage en ligne directe, entre ascendants et descendants; en ligne collatérale, entre le frère et la sœur, entre l'oncle ou grand-oncle et la nièce, entre la tante ou grand' tante et le neveu[7]; et cette prohibition, en ce qui concerne la ligne directe et les frères et sœurs, s'étend également au mariage des personnes entre lesquelles il n'existe qu'un lien de parenté naturelle[8], art. 161, 162, 163. V. cependant art. 164, et *sup.*, § 124.

[2] Il faut alors prouver la mort du premier époux, bien qu'il s'agisse d'un militaire absent. [La preuve qui résulterait d'un acte de notoriété ne serait pas suffisante, Avis du Cons. d'Et. des 12 et 17 germ. an XIII.—Sur la preuve du décès des militaires absents, V. la loi du 13 janv. 1817.] Il résulte au surplus de l'art. 147, qu'un mariage peut être attaqué en nullité *ex argumento bigamiæ*, bien qu'avant l'introduction de l'instance le premier mariage ait été dissous par la mort, Locré, sur l'art. 147; Vazeille, 1, n. 217 et 246; Duranton, 2, n. 529; — et que l'action est encore recevable même dans le cas où le second mariage est dissous par la mort, Locré, sur l'art. 187; [Demolombe, 3, n. 314.]

[3] Un second mariage peut être attaqué pour cause de bigamie, bien que le précédent mariage ait été dissous par le divorce, si la régularité de ce divorce est contestée, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2. [Bien qu'aujourd'hui le divorce ne soit plus admis en France, néanmoins un étranger, légalement divorcé dans son pays, pourrait encore se marier en France. V. *sup.*, § 29, note 9, et § 109, note 1.]

[4] [Demolombe, 3, n. 94.]

[5] Si, sur l'exception, le premier mariage est annulé, le second ne donne pas lieu aux peines prononcées contre le crime de bigamie, Vazeille, 1, n. 223; Merlin, *Rép.*, v° *Inscription de faux*, § 1, n. 12; Cass., 8 avril 1811.

[6] Maleville, sur l'art. 147; Delvincourt, sur l'art. 189; [Demolombe, 3, n. 94]

[7] Le Code civil ne parle pas du grand-oncle ni de la grand'tante, mais *par est ratio*. [Ils sont d'ailleurs compris sous la dénomination générale d'oncle et de tante.] V. aussi une décision impériale du 7 mai 1808, dans Sirey, 8, 2, 248, [et *Lois annotées*, 1, p. 781; Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 4, art. 1, n. 2, *in fine*; Delvincourt, sur l'art. 163; Valette sur Proudhon, 1, p. 401; Toullier, 1, n. 538; Marcadé, sur l'art. 163; Demolombe, 3, n. 105. — *Contrà*, Locré, 4, p. 620.]

[8] Mais la parenté naturelle n'est pas un empêchement entre l'oncle et la tante, la nièce et le neveu, Maleville, sur l'art. 163; Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 4, art. 1; [Toullier, 1, n. 538; Duranton, 2, n. 172; Rieff, n. 198; Demolombe, 3, n. 106; Marcadé, sur l'art. 163. — Au surplus, la parenté naturelle, qui est un empêchement de mariage, doit s'entendre aussi de la parenté adultérine et incestueuse, Duranton, 2, n. 160; Vazeille, 1, p. 132; Marcadé, sur l'art. 161; Demolombe, 3, n. 106. Et dans ce cas particulier, la preuve de la parenté naturelle, adultérine ou incestueuse peut être faite par toutes sortes de moyens. Ce n'est

Enfin l'alliance est, comme la parenté, un empêchement de mariage indéfiniment en ligne directe, et en ligne collatérale entre les beaux-frères et belles-sœurs [9], art. 161, 162. Cet empêchement s'étend aussi aux rapports d'alliance fondés sur un lien de parenté naturelle [10], tout en observant, à cet égard, la disposition de l'article 340, qui n'admet pas la recherche de la paternité [11].

Les personnes ayant qualité pour attaquer un mariage célébré au mépris des empêchements qui précèdent sont, d'après l'article 184 : 1° les deux conjoints ; par conséquent aussi, dans le cas de l'article 144, le conjoint qui avait la capacité d'âge requise pour le mariage [12] ; et, dans le cas de l'article 147, le conjoint encore engagé dans les liens d'un premier mariage [13].

2° *Toutes personnes* ayant un intérêt légal à faire prononcer la nullité du mariage, telles que, notamment, les ascendants [14], les col-

pas là, à proprement parler, une recherche de paternité, Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*. § 4, n. 4; Demolombe, 3, n. 107; Marcadé, sur l'art. 161.—*Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 161 ; Duranton, 2, n. 166 ; Allemand, n. 31, 32 et 54. — Sur l'empêchement résultant de l'adoption, V. *inf.*, le titre de l'*Adoption*.]

[9] La prohibition de l'art. 163 ne s'applique pas aux autres personnes alliées, Maleville, sur l'art 163 ; Toullier, 1, n. 538. Par suite des principes exposés au § 47 sur l'alliance, les enfants que deux conjoints auraient eus d'un mariage précédent peuvent se marier entre eux. Ainsi deux frères peuvent épouser deux sœurs ; le père et le fils peuvent épouser, le premier la fille, le second la mère ; un veuf peut épouser la veuve du frère de sa femme, Vazeille, 1, n. 107, 112. Mais il semble qu'il faille regarder comme prohibé le mariage avec la fille issue d'un second mariage de la femme après l'annulation du premier, ou avec la sœur de la femme née postérieurement à l'annulation du mariage. V. § 47, note 10; [Duranton, 2, n. 159; Allemand, n. 57 ; Demolombe, 3, n 112.]

[10] [En d'autres termes, le commerce illicite de deux personnes produit entre chacune d'elles et les parents de l'autre une alliance naturelle qui empêche le mariage, Delvincourt, sur l'article 163 ; Allemand, n. 55 ; Marcadé, sur l'art. 161.—*Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 4, n. 3 ; Duranton, 2, n. 157 et 158 ; Vazeille, 1, n. 108 ; Demolombe, 3, n. 112.]

[11] [V. sur la preuve du commerce illicite, *sup.*, note 8; V. aussi Nîmes, 3 déc. 1811; Duranton, 2, n. 157; Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, et Devilleneuve sur l'arrêt précité, *Collect. nouv.*, 3, 2, 586. — Remarquons que l'empêchement au mariage résultant de l'alliance, même naturelle, n'est point détruit par la dissolution du mariage qui a produit cette alliance, alors même qu'il n'existe pas d'enfants du mariage : ainsi un veuf ne peut épouser la fille naturelle ou légitime de sa défunte épouse. A ce point de vue, l'ancienne maxime coutumière : *morte ma fille, mort mon gendre*, Loisel, *Inst. cout.*, 1, p. 166, n'est point exacte, Paris, 18 mars 1850, S. V., 50, 2, 593 ; Demolombe, 3, n. 117.]

[12] [Lors même qu'il savait en contractant mariage que son conjoint n'avait pas l'âge requis, Demolombe, 3, n. 300 ; Marcadé, sur l'art. 184] ; Toullier, 1, n. 623 ; Duranton, 2, n. 315. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art 184.

[13] [Par exception à la règle *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, Marcadé, sur l'art. 184 ; Demolombe, 3, n. 300.—La nullité du mariage peut aussi être demandée par le nouvel époux qui connaissait l'existence du premier mariage de son conjoint, ou qui ne pouvait croire à la dissolution de ce mariage que par une erreur de droit, Duranton, 1, n. 335; Paris, 11 août 1817 ; Cass., 25 févr. 1818. — La nullité d'un mariage incestueux peut être demandée par les mêmes personnes que celle du mariage entaché de bigamie, même dans le cas où les époux auraient pu obtenir des dispenses, Toullier, 1, n. 638.]

[14] [Même du vivant des époux, et alors même qu'ils n'auraient qu'un intérêt moral à l'annulation, Cass., 15 nov. 1848, S. V., 48, 1, 673 ; Devilleneuve,

latéraux, le premier conjoint d'un bigame, les enfants issus d'un précédent mariage [15]. Cependant ces personnes, les ascendants seuls exceptés [16], ne peuvent intenter l'action en nullité qu'autant que l'intérêt sur lequel est motivée leur demande se fonde sur un droit ouvert, et non sur un droit purement éventuel [17]. Le premier époux du bigame peut exercer cette action immédiatement et du vivant même de son conjoint, art. 147; mais les enfants issus d'un mariage antérieur et les collatéraux ne peuvent, en général [18], l'intenter du vivant des époux, art. 187 et 188.

3° Enfin, le ministère public, auquel cette action n'appartient que du vivant des époux [19], art. 190.

L'action en nullité de mariage peut être repoussée par différentes exceptions. Ainsi un mariage ne peut plus être attaqué pour défaut d'âge compétent, art. 144, lorsque six mois se sont écoulés depuis que le conjoint ou les conjoints ont atteint cet âge [20], art. 185; ou bien encore lorsque la femme mineure de quinze ans a conçu avant l'échéance de ces six mois [21], art. 185. Les ascen-

sur cet arrêt; Proudhon. 1, p. 430; Vazeille, 1, n. 218 et 246; Marcadé, sur l'art. 184; Demolombe, 3, n. 301; Allemand, n. 530 et s.—*Contrà*, Toullier, 1, n. 633; Duranton, 2, n. 328. — Ce droit appartient concurremment aux ascendants et non graduellement, Marcadé, sur l'article 184. -- *Contrà*, Toullier, *ibid.*; Duranton, 2, n. 317; Demolombe. 3, n. 303.—Il appartient aussi au conseil de famille, quand ce conseil remplace les ascendants, Demolombe, 3, n. 304; Marcadé, sur l'art. 184.]

[15] De même aussi les créanciers, [et les légataires, Mêmes autorités.]

[16] [V. *sup.*, note 14.]

[17] [En d'autres termes, il faut qu'ils aient un intérêt né et actuel, Demolombe, 3, n. 306; Marcadé, sur l'art. 184.]

[18] Il peut cependant se rencontrer des cas dans lesquels les enfants et les collatéraux ont un intérêt né et actuel même du vivant des conjoints, Vazeille, 1, n. 226; Duranton, 2, n. 327; [Demolombe, 3, n. 307; Marcadé, sur l'art. 184.]

[19] Locré, sur l'art. 190; Toullier, 1, n. 635; [Demolombe, 3, n. 309; Marcadé, sur l'art. 190.] Du reste, cette action est facultative; le ministère public n'est jamais forcé d'agir, [Demolombe, 3, n. 311. —Il s'agit ici d'ailleurs d'une action civile distincte de l'action criminelle qui appartient au ministère public, quand l'empêchement constitue un crime; Marcadé, sur l'art. 190.]

[20] Ce délai court, bien qu'il n'y ait pas eu cohabitation entre les époux, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, section 6, § 2; et même contre celui qui serait mineur, [Marcadé, sur l'article 185.] La nullité pour défaut d'âge compétent est-elle couverte par une ratification expresse ou tacite intervenue depuis que les époux ont atteint cet âge? *Oui*. selon Toullier, 1, n. 622. *Non*, selon Vazeille, 2, n. 247, dont les raisons nous semblent préférables. [Cette dernière opinion est aussi la nôtre. L'art. 185 donne aux époux un moyen de couvrir la nullité en laissant passer six mois sans attaquer le mariage. Mais il est évident qu'il n'a pu, en dehors de ce moyen, laisser à des mineurs la faculté de renoncer conventionnellement à une nullité d'ordre public. V. cependant Demolombe, 3, n. 318.]

[21] Mais la grossesse de la femme ne couvre la nullité que vis-à-vis de la femme impubère : elle ne la couvre pas vis-à-vis du mari impubère, lors même que la femme serait pubère, [Marcadé, sur l'art. 185; Demolombe, 3, n. 319.]— La nullité est couverte, lorsque la femme a conçu avant l'échéance des *six mois*, à partir de sa puberté; il n'est pas nécessaire qu'elle ait conçu dans le délai de *six mois* à partir de la célébration du mariage, ainsi que semblerait le faire croire la rédaction vicieuse de l'art. 185, Locré, sur l'art. 185; [Demolombe, *ibid.*]—La conception opère lors même qu'elle a lieu postérieurement à la demande en nullité, [Demolombe, 3, n. 320.—*Contrà*, Duranton, 2,

dants ne peuvent même attaquer pour défaut d'âge le mariage qui a eu lieu de leur consentement, conformément aux articles 148 et s.; et le mariage ne pourrait non plus être attaqué par les membres du conseil de famille qui, dans le cas de l'article 160, y a donné son consentement, art. 186 [22]. On peut, comme il a été dit plus haut, opposer à l'action en nullité de mariage, pour cause de bigamie, l'exception tirée de la nullité du mariage antérieur, art. 189.

Il est au surplus à remarquer qu'en cas d'absence de l'époux dont le conjoint a contracté un second mariage, l'action en nullité ne peut être intentée que par l'absent lui-même, et non par les autres personnes mentionnées en l'article 184 [23]. V. *sup.*, § 106.

§ 127. *Suite. — 2° des empêchements dirimants d'intérêt privé.*

1° On peut demander la nullité d'un mariage contracté sans le consentement libre des deux époux ou de l'un d'eux [1], ou quand il y a eu, de la part de l'un d'eux, erreur dans la personne de l'autre [2], art. 180. Dans le cas où le consentement n'a pas été libre, *impedimentum vis*, le mariage peut être attaqué sous les mêmes conditions et présomptions qui permettent d'attaquer toute convention entachée de contrainte [3]. Au cas d'erreur, l'empêche-

n. 320.] Lorsque l'exception tirée de la grossesse est proposée, il faut surseoir au jugement de l'action en nullité, et le mari peut, selon les circonstances, demander qu'un lieu convenable soit assigné provisoirement à sa femme pour sa résidence, [Demolombe, 3, n. 321.]—L'*impedimentum ætatis* ne peut être levé par une dispense donnée après la conclusion du mariage. — La même règle s'applique au cas de l'art. 164.

[22] Ainsi, la mère ne peut pas attaquer le mariage si le père y a donné son consentement, art. 148, [Marcadé, sur l'art. 186. — Mais la fin de non-recevoir ne serait pas opposable, quand le conseil de famille n'a pas consenti, aux parents membres de ce conseil qui auraient personnellement approuvé le mariage. L'art. 186 entend parler d'un consentement nécessaire et efficace, Demolombe, 3, n. 323. — *Contrà*, Toullier, 1, n. 627; Vazeille, 1, n. 244.]

[23] Au contraire, un second mariage que l'absent aurait conclu est certainement soumis à la disposition de l'art. 184.

[1] [Il ne s'agit pas ici de l'absence totale de consentement qui rend le mariage nul et non existant, V. *sup.*, § 110; mais des vices qui peuvent altérer le consentement et qui rendent le mariage annulable. V. en ce qui touche les effets de la démence sur le consentement, *sup.*, *ib.*]

[2] *Impedimentum vis* ou *erroris*. —Le dol n'est point un empêchement de mariage par lui-même : le mariage ne peut être attaqué pour dol qu'autant que le dol a induit l'un ou l'autre conjoint dans une erreur concernant la personne. V. Locré, sur l'art. 146; [Marcadé, sur l'art. 180.] Mais il ne faut point conclure en sens inverse des termes de l'art. 180 : «*induit en erreur*», que l'empêchement résultant de l'erreur n'ait lieu qu'autant que l'erreur a été causée par un dol, [bien qu'il en doive être le plus ordinairement ainsi, Valette sur Proudhon, 1, p. 395; Demolombe, 3, n. 152.]

[3] Toullier, 1, n. 506 et s.; Vazeille, 1, n. 76 et s.; [Demolombe, 3, n. 248; en ayant soin toutefois de remarquer que l'art. 180 exige seulement que le consentement soit libre, et ne dit pas que cette liberté ne peut cesser que par la présence d'une violence caractérisée. V. Marcadé, sur l'art. 180.—Néanmoins, la crainte révérentielle ne suffirait pas pour ôter la liberté du consentement, Duranton, 2, n.

ment, *impedimentum erroris*, n'a lieu que lorsque l'un des conjoints ou les deux conjoints mutuellement se sont trompés sur la personne physique de l'autre conjoint[4].

Dans les deux cas qui précèdent, l'action en nullité ne peut être intentée que par les deux époux, ou seulement par celui des époux sur lequel la contrainte a été exercée, ou qui s'est trompé sur la personne de l'autre ; elle peut donc l'être, suivant les cas, ou par les deux époux, ou seulement par l'un d'eux[5].

La demande en nullité, du reste, n'est plus recevable quand l'époux, après avoir recouvré sa pleine liberté ou reconnu son erreur, a consenti au mariage, soit expressément[6], soit tacitement, par une cohabitation non interrompue de six mois[7], art. 181.

47; Demolombe, *ibid.*] L'enlèvement n'est point un empêchement de mariage par lui-même, mais doit être apprécié comme une espèce de l'*impedimentum vis*, d'après les principes applicables à ce dernier, Discuss. et Locré, sur l'art 146; [Duranton, 2, n. 51; Demolombe, 3, n. 249.]

[4] L'art. 180 dit seulement : « lorsqu'il y a eu erreur dans la personne. » La discussion ne jette aucun jour sur le sens à donner à ces expressions. A l'appui de notre opinion on peut invoquer la règle : *In dubio pro matrimonio*, et l'autorité du droit canon. [Cette opinion ne doit pas être suivie : il n'y a erreur sur la personne physique que lorsqu'à une personne connue on substitue, par dol, une autre personne; et alors il n'y a pas seulement erreur dans le consentement, il n'y a pas de consentement : on ne se trouve plus dans l'hypothèse de l'art. 180, mais dans celle de l'art. 146. V. *sup.*, § 110, note 1. L'art. 180 a donc voulu nécessairement parler de l'erreur sur les qualités de la personne ; et d'abord évidemment sur les *qualités civiles*, en d'autres termes, sur *l'état civil* de la personne. Ainsi, à la place de Jeanne, que je ne connais pas, on me présente une femme qu'on me dit être Jeanne et que j'épouse : l'erreur de mon consentement porte, non sur la personne physique, car c'est bien physiquement celle qui m'a été présentée que j'ai consenti à épouser; elle porte sur l'individualité civile de la personne, sur son état civil. et c'est là assurément une erreur dans la personne dans le sens de l'art. 180. V. Bourges, 6 août 1827; Proudhon, 4, p. 226; Toullier, 1, n. 513; Duranton, 2, n. 63; Vazeille, 1, n. 69; Merlin, *Rép.*, v° *Empêch.*, sect. 5, art. 1, n. 4; Demolombe, 3, n. 251 et s.; Marcadé, sur l'art. 180; Allemand, n. 163 — Quant à l'erreur sur les qualités morales, elle peut être telle que le consentement en soit vicié : c'est là pour les tribunaux une question d'appréciation. Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, 3, n. 253; Toullier, 1, n. 521; Colmar, 6 déc. 1811, et Devilleneuve, sur cet arrêt, *Coll. nouv.*, 3, 2, 588. V. cependant Duranton, 2, n. 56 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, 16, p. 10; Allemand, n. 164.]

[5] C'est là une action attachée à la personne, qui ne passe pas aux héritiers, [Toullier, 1, n. 611; Duranton, 2, n. 270; Demolombe, 3, n. 259; Marcadé, sur l'art. 180.] Cependant les héritiers paraissent en droit de suivre sur l'action intentée par les époux, Delvincourt, sur l'art. 280 et s.; Vazeille, 1, n. 258; [Duranton, 2, n. 271; Demolombe, 3, n. 259. — *Contrà*, Marcadé, *loc. cit.*, dont l'opinion nous paraît préférable.]—Le conjoint, même mineur, peut former cette action, Locré, sur l'art. 280; Vazeille, 1, n. 257; [Demolombe, 3, n. 260. Mais il ne pourra procéder, étant émancipé, que sous l'assistance de son curateur, Turin, 14 juill. 1807; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 5, § 2; Vazeille, 1, n. 257; Demolombe, *ibid.*]

[6] Locré, sur l'art. 181; Duranton, 2, n. 282; Vazeille, 1, n. 261; [Demolombe, 3, n. 264; Marcadé, sur l'art. 281. L'époux mineur peut, comme le majeur, renoncer à l'action en nullité par une ratification expresse, puisque malgré sa minorité il était capable de consentir au mariage, Duranton, 2, n. 284; Demolombe, 3, n. 289.] Toutefois la renonciation expresse ne doit être admise qu'avec une grande réserve. [Elle ne résulterait pas nécessairement du consentement donné par le mari à la femme à l'effet de contracter ou d'ester en justice, Marcadé, sur l'art. 181; Demolombe, 3, n. 265. V. cependant Duranton, 2, n. 283.]

[7] *Est præsumptio juris et de jure;* art.

2° Jusqu'à un certain âge, les enfants ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, ou de ceux qui les représentent. Au delà de cet âge, ils ne le peuvent sans avoir formellement demandé leur conseil, art. 148–160. Entre ces deux cas, celui de la demande du consentement et celui de la demande de conseil (acte respectueux), il y a toutefois une différence : dans le premier cas, les père et mère peuvent refuser leur consentement d'une manière absolue, sans qu'ils aient besoin d'en donner aucun motif ou d'alléguer aucun empêchement [8]; et si l'enfant procédait au mariage sans avoir obtenu ce consentement, le mariage serait nul. Dans le second cas, le but de la loi étant seulement de ménager aux père et mère toute latitude de temps et d'occasion pour faire à l'enfant des représentations sur ses projets de mariage, et pour forcer en quelque sorte l'enfant à réfléchir sur sa démarche ainsi que sur l'avis de ses père et mère, le mariage conclu sans que le conseil ait été demandé n'est pas nul [9]; seulement, dans ce cas, comme aussi dans le premier, la *célébration* du mariage donne lieu contre l'officier de l'état civil à l'application des peines prononcées par la loi, art. 156 et 157. Les parents dont le conseil a été demandé ne peuvent d'ailleurs, dans le second cas, s'opposer absolument au mariage qu'autant qu'un autre empêchement y forme obstacle. En autres termes : l'em-

1352. [Il y a alors ratification tacite.] Mais pour cela les deux choses doivent se trouver réunies : *cohabitatio*, c'est-à-dire l'habitation commune, *et quidem per sex menses*, Cass., 4 nov. 1822; [Marcadé, sur l'art. 181.] D'autres présomptions de ratification tacite ne sont pas admissibles. Discussion sur l'art. 181; Locré, sur le même art. [Ainsi, la ratification ne pourrait résulter ni d'une grossesse ni même d'un accouchement, qui n'auraient pas été précédés de la cohabitation de six mois, Toullier, 1, n. 610; Marcadé, sur l'art. 181; Demolombe, 2, n. 263. V. cependant Duranton, 2, n. 279 et s.] C'est au demandeur qui agit en nullité après plus de six mois de cohabitation à prouver jusqu'à quelle époque l'erreur a été persistante, Duranton, 2, 277; [Demolombe, 3, n. 262. — Quant à la prescription de l'action en nullité, nous avons vu, *sup.*, § 123, qu'elle ne s'opère que par trente ans et non par dix ans. — Mais alors même qu'on admettrait que l'action se prescrit par dix ans, il faudrait du moins reconnaître que cette nullité peut toujours être proposée par voie d'exception, Demolombe, 3, n. 260.]

[8] Il en est de même du conseil de famille, quand il remplace les ascendants, art. 160, même dans le cas où les membres qui le composent sont d'opinion différente, Pr., art. 883; Duranton, 2, n. 102; Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 5, art. 2; [Marcadé, sur l'art. 160.] — *Contrà*, Toullier, 1, n. 547. [Il suit de là que la délibération du conseil de famille qui accorde ou refuse le consentement, *loco parentum*, n'a pas besoin d'être homologuée par justice, et qu'elle ne peut pas être attaquée devant les tribunaux, Merlin, *Rép.*, v° *Empêch.*, § 5, art. 2, n. 14; Duranton, 2, n. 101; Delvincourt, sur l'art. 160; Vazeille, 1, n. 129; Demolombe, 3, n. 86. — *Contrà*, Toullier, 1, n. 547; Valette sur Proudhon, 1, p. 399; Liège, 30 avril 1811. V. aussi 24 avril 1837, S. V., 37, 2, 225. — Mais il est bien évident qu'elle pourrait être attaquée pour vice de forme.]

[9] Duranton, n. 104, 113; Favard, v° *Acte respectueux*, n. 8; Bigot de Préameneu, *Disc. au Corps législ.*; Cass., 12 fév. 1833. — *Contrà*, Toulouse, 29 juill. 1828. V. *inf.*, note 10.

pêchement pour défaut de consentement est un empêchement dirimant, tandis que l'empêchement résultant du défaut de conseil ne constitue qu'un empêchement prohibitif [10]. Aussi n'aurons-nous à nous occuper ici que du premier de ces deux empêchements. V. § 128. Ajoutons que, pour aucun de ces deux cas, la loi ne distingue entre les enfants émancipés et non émancipés, ni entre les premiers et les seconds mariages; mais les règles ne sont pas les mêmes pour les enfants légitimes et pour les enfants naturels.

Enfants légitimes. — Le fils qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans accomplis, la fille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-un ans accomplis, ne peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère; en cas de dissentiment, le consentement du père suffit [11], art. 148. Si l'un des deux est mort [12], ou s'il est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, par exemple, dans le cas d'absence [13] ou d'interdiction [14], le consentement de

[10] Locré, 2, p. 79. — Cependant des arrêts ont jugé que le défaut d'actes respectueux est un empêchement dirimant, relativement au mariage d'un Français en pays étranger, Cass., 6 mars 1837, S. V., 37, 1, 177. [V. sur ce point ce que nous avons dit sur le défaut de publications en France, en cas de mariage en pays étranger, *sup.*, § 114, note 13.]

[11] Cela ne doit pas être interprété en ce sens qu'il ne serait pas nécessaire de demander le consentement de la mère. Elle peut, au contraire, former opposition si elle n'a pas été consultée, Riom, 30 juin 1817; [Merlin, *Rép.*, v° *Opp. à mar.*, n. 4; Vazeille, 1, n. 118; Duranton, 2, n. 77; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 194; Marcadé, sur l'art. 148; Demolombe, 3, n. 38.—Néanmoins il est à remarquer que le mariage contracté sans que le consentement de la mère eût été demandé ne serait pas nul : cette omission constituerait un simple empêchement prohibitif. Trib. de la Seine, 4 mars 1809, S. V., 3, 2, 116, et les autorités précitées.]

[12] V. sur la preuve du décès des père et mère, quand on ne rapporte pas les actes de décès, l'avis du Conseil d'Etat, des 27 messidor-4 thermidor an XIII, qui permet de faire cette preuve par le témoignage de l'aïeul et de l'aïeule; et, dans le cas où les père et mère et les aïeul et aïeule sont morts, de prouver le décès de tous les ascendants par le témoignage des quatre témoins nécessaires à la célébration du mariage. V. sur cet avis du Conseil d'Etat, Vazeille, 1, n. 124. [Selon cet auteur et selon Duranton, 2, n. 88, et Marcadé, sur l'art. 150, la mort de l'un ou l'autre des époux peut être attestée par le survivant. Nous croyons que si ce mode de preuve ne peut, dans le silence des art. 149 et 150, qui n'en déterminent aucun, être repoussé d'une manière absolue, il ne doit être admis qu'avec beaucoup de réserve. — *Contrà*, Demolombe, 3, n. 40.]

[13] La preuve de l'absence peut se faire de la manière déterminée par l'art. 155, Toullier, 1, n. 543. D'autres auteurs appliquent encore à ce cas l'avis du Conseil d'Etat de l'an XIII, Duranton, 2, n. 28; Vazeille, 1, n. 123. L'officier de l'état civil doit admettre indistinctement la preuve, soit d'après l'art. 155, soit d'après l'avis du Conseil d'Etat de l'an XIII; et dans les cas douteux il peut renvoyer les parties devant le tribunal. [En d'autres termes, la loi ne déterminant ni les caractères de l'impossibilité ni les moyens de la prouver, il n'y a là qu'une question de fait et d'appréciation, dont la solution, en cas de difficulté, appartient aux tribunaux. Il est bien évident, du reste, que l'absence présumée peut, comme l'absence déclarée, constituer cette impossibilité. V. Demolombe, 3, n. 41; Marcadé, sur l'art. 149.]

[14] [Ce qui comprend aussi l'interdiction légale, *sup.*, § 110, note 7.] V. I. cr., art. 465; Pén., art. 28, 29; et sur tous les cas qui s'y rattachent, Toullier, 1, n. 553; Vazeille, 1, n. 123 et s.; Duranton, 2, n. 80 et s.; [Marcadé, sur l'art. 149; Demolombe, 3, n. 44.] Au surplus, l'art. 149, de même que l'art. 160, ne parlant que de l'impossibilité où

l'autre[15] suffit encore, art. 149. Si le père et la mère sont morts, ou s'ils sont tous les deux dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent[16]. S'il y a dissentiment entre l'aïeul et l'aïeule de la même ligne, il suffit du consentement de l'aïeul. S'il y a dissentiment entre les deux lignes, ce partage emporte consentement[17], art. 150. Enfin, s'il n'y a ni père ni mère, ni aïeuls ni aïeules, ou s'ils se trouvent dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les fils ou filles mineurs de vingt-un ans, sans distinction de sexe, ne peuvent contracter mariage sans le consentement du conseil de famille[18], art. 160. La validité du consentement des père et mère, des ascendants et du conseil de famille s'apprécie d'après les principes qui régissent la validité de toute déclaration de volonté en général[19]. Du reste, les père et mère et les ascendants peuvent toujours, et jusqu'à la célébration du mariage, revenir sur le consentement qu'ils ont donné[20]. Si donc l'ascendant qui a donné son consentement au mariage meurt avant la célébration, on se trouve exactement dans la même position que si cet ascendant n'avait pas pu donner son consentement[21].

sont les père et mère de manifester leur volonté, il suffit, pour que cette impossibilité existe, que les père et mère soient dans un état d'esprit tel qu'ils ne puissent donner un consentement, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait un jugement d'interdiction ni même une instance engagée sur une demande en interdiction, Poitiers, 11 mars 1830; [Chardon, n. 203; Demolombe, 3, n. 43; Marcadé, sur l'art. 149.—*Contrà*, Toullier, 1, n. 543. V. aussi Duranton, 2, n. 84 et s.]

15 Ce consentement est nécessaire et en même temps il suffit, alors même que le survivant serait la mère, et qu'elle se serait remariée, [et que par suite de ce second mariage elle aurait perdu la tutelle. L'art. 149 ne fait aucune distinction, Duranton, 2, n. 90; Demolombe, 3, n. 45; Marcadé, sur l'art. 149; Bastia, 3 fév. 1836, S. V., 36, 2, 247.—*Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 149.]

16 Les bisaïeuls remplacent les aïeuls et ainsi de suite, Vazeille, 1, n. 127; [Demolombe, 3, n. 48; Marcadé, sur l'art. 150.] Cela s'applique aussi à la demande de conseil qui doit être adressée aux ascendants.

17 Ainsi, par exemple, dans la ligne paternelle l'aïeul existe; dans la ligne maternelle, l'aïeul et l'aïeule; le premier consent au mariage, les autres refusent. le mariage peut se faire, Duranton, 2, n. 98; [Poitiers, 8 juill. 1830.]

18 [Sur la convocation et la composition du conseil de famille, V. *inf.*, au titre de la *Tutelle.*] La délibération du conseil de famille n'a pas besoin d'être homologuée. [V. *sup.*, note 8.]

19 Dans le cas de l'art. 160 la validité du consentement se détermine d'après les mêmes règles que la validité des délibérations du conseil de famille en général. V. Cass., 22 juill. 1807. — Les père et mère qui ont, par erreur, consenti au mariage de leur enfant, bien qu'un empêchement dirimant et d'ordre public y fît obstacle, peuvent être condamnés à des dommages et intérêts envers l'autre conjoint, si le mariage vient à être déclaré nul dans la suite. Cass., 18 août 1829. [Sur la forme du consentement, V. *sup.*, § 112.]

20 [Demolombe, 3, n. 56; V. cependant Merlin, *Quest.*, v° *Révocation d'inst. contr.*, § 1, n. 2.]

21 Il faut alors le consentement de ceux qui remplacent l'ascendant décédé, Vazeille, 1, n. 121; Duranton, 2, n. 93 et s.; [Demolombe, 3, n. 56; Marcadé, sur l'art. 149.] — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 148. [Cependant si, au moment du mariage, le décès de l'ascendant qui a consenti était ignoré, le mariage devrait être considéré comme valable, l'aptitude que

L'action en nullité de mariage, pour défaut de consentement des père et mère et ascendants, ou du conseil de famille, ne peut être formée que par ceux dont le consentement était requis, c'est-à-dire, selon les cas, par les père et mère, par les aïeuls ou aïeules [22], par le conseil de famille [23], ou par celui des deux conjoints qui avait besoin de ce consentement [24], art. 182. Cette action ne peut plus être intentée ni par les époux, ni par les parents dont le consentement était requis, toutes les fois que le mariage a été approuvé expressément [25] ou tacitement [26] par ceux dont le consentement était nécessaire, ou lorsqu'il s'est écoulé une année, sans réclamation [27] de leur part, depuis qu'ils ont eu connaissance

le consentement a donnée à l'enfant devant subsister tant que la cause qui la fait cesser n'est pas connue, arg. art. 2008 ; Demolombe, 3, n. 58.—Mais il devrait en être autrement si ce décès était connu, alors même que l'ascendant auquel a passé le pouvoir de consentir n'aurait pas retiré le consentement déjà donné par le décédé : cette circonstance n'empêcherait pas l'enfant d'être tenu de demander le nouveau consentement qui lui est nécessaire, Demolombe, *ibid.* — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 149.]

[22] L'action appartient à chaque ascendant lorsque son consentement était nécessaire. Ainsi, lorsque ni le père ni la mère n'ont donné leur consentement, la mère peut, après la mort du père, exercer l'action en nullité, Duranton, 2, n. 286; Delvincourt, sur l'art. 182 ; [Vazeille, 1, n. 266; Allemand, n. 577. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 182 ; Toullier, 1, n. 613 ; Chardon, n. 210. — Si, au moment du mariage, le père était dans l'impossibilité de manifester sa volonté, et que depuis le mariage cette impossibilité eût cessé, lui seul aurait qualité pour demander la nullité du mariage contracté dans l'intervalle sans le consentement de la mère : l'action revient au père avec le pouvoir de consentir, dont l'exercice était momentanément passé en d'autres mains, Duranton, 2, n. 288; Demolombe, 3, n. 273.—*Contrà*, Toullier, 1, n. 613; Chardon, n. 212. — Dans les cas où le consentement des aïeuls est nécessaire, l'aïeule d'une ligne ne peut intenter l'action qu'avec le concours de l'aïeul de la même ligne; et les aïeuls d'une ligne ne peuvent l'intenter si les aïeuls de l'autre consentent ou ratifient, lors même que cette ratification interviendrait après l'introduction de l'action, Duranton, 2, n. 291 ; Demolombe, 3, n. 275.]

[23] Mais non par chaque membre du conseil de famille, Toullier, 1, n. 613; Delvincourt, sur l'art. 182; [Demolombe, 3, n. 276; Marcadé, sur l'art. 182. Dans ce cas le conseil de famille se fait représenter soit par un de ses membres, soit par le tuteur, Toullier, 1, n. 611; Duranton, 2, n. 292.]

[24] Les héritiers de ceux à qui appartient l'action en nullité ne peuvent ni exercer cette action, ni ne pourraient même la reprendre quand elle a été introduite par leur auteur, Duranton, 2, n. 290; Vazeille, 1, n. 267; [Toullier, 1, n. 613; Chardon, n. 213; Demolombe, 3, n. 279 et s.; Marcadé, sur l'art. 182; Caen, 22 mai 1850, S. V., 52, 2, 566. Il y a plus, le légataire d'un ascendant, institué sous la condition de poursuivre l'action en nullité intentée par l'ascendant, est sans qualité, Agen, 20 déc. 1824.]—Les ascendants les plus éloignés n'ont pas davantage le droit d'action, si les ascendants les plus proches sont morts sans l'avoir exercé. [Mêmes autorités que ci-dessus.]—*Contrà*, Vazeille, 1, n. 268.

[25] Par un acte public ou par un acte privé, ou même par une simple lettre, Duranton, 2, n. 301 ; [Demolombe, 3, n. 281.]

[26] V. Toullier, 1, n. 614; [Marcadé, sur l'art. 183 ; Demolombe, 3, n. 281.]—Le consentement tacite ou formel doit être donné avant l'instance pour avoir effet contre l'époux qui introduit l'action. L'art. 183 se sert du mot *intenter*. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 182; [Duranton, 2, n. 304. Ces derniers auteurs ont raison : à quelque époque qu'intervienne la ratification qui remplace le consentement, l'action n'a plus de cause. V. *sup.*, note 6.]

[27] Sans réclamation, c'est-à-dire sans avoir formé d'action.

du mariage [28]. Elle ne peut être non plus intentée par l'époux qui avait besoin du consentement [29], lorsqu'il s'est écoulé une année, sans réclamation de sa part, depuis qu'il a atteint l'âge compétent [30] pour consentir par lui-même au mariage [31], art. 148 et 183. D'après plusieurs auteurs, le conjoint serait encore non recevable à former l'action en nullité, dans le cas où, après avoir atteint l'âge compétent, il aurait expressément ou tacitement consenti au mariage [32], et aussi dans le cas où il y aurait eu dol de sa part [33].

L'officier de l'état civil, qui a célébré le mariage sans s'assurer

[28] Cass., 16 juill. 1817. — Les père et mère peuvent former leur action même dans le cas où le mariage aurait été dissous par le décès de l'époux auquel le consentement était nécessaire dans le cours de cette année, ou avant toute ratification, Duranton, 2, n. 298; [Delvincourt, sur l'art. 183. — *Contrà*, Demolombe, 3, n. 282. Et cette dernière opinion nous paraît préférable. Dans tous les cas le décès de l'époux, moins d'un an après la connaissance acquise à l'ascendant, ne pourrait avoir pour résultat de prolonger le délai dans lequel l'action doit être intentée. Cass., 5 nov. 1839, S. V., 39, 1, 822.]

[29] Si l'on rapproche la rédaction de la deuxième partie de l'art. 183 des observations du Tribunat qui amenèrent la rédaction définitive de cet article, on est porté à croire que sitôt que le conjoint a atteint l'âge compétent, l'action ne peut plus être intentée par les père et mère. [Telle est, en effet, l'opinion de M. Demolombe, 3, n. 282, d'après lequel, aussitôt que l'époux a atteint l'âge auquel il aurait pu se marier sans le consentement de ses parents, il cesse d'être sous la tutelle de ceux-ci, qui dès lors ne peuvent plus agir en vertu d'un pouvoir qui n'existe plus. Mais l'art. 183 ne fait pas cette distinction. La nullité survit au pouvoir des ascendants qui peuvent demander la nullité du mariage tant qu'ils n'ont pas encouru une des déchéances prévues par la première partie de l'art. 183. V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 183; Vazeille, 1, n. 264; Toullier, 1, n. 618.]

[30] *C'est-à-dire* après la 25e ou la 21e année accomplie, [selon que le fils avait besoin du consentement des ascendants, art. 148, 149, 150, ou du consentement du conseil de famille, art. 160, et pour la fille, toujours après 21 ans], Merlin, *Rép.*, vo *Mariage*, sect. 6, § 2; Duranton, 2, n. 307; [Marcadé, sur l'art. 183; Demolombe, 3, n. 184.] Selon d'autres auteurs, l'âge compétent serait toujours 21 ans, même pour les hommes, Delvincourt, sur l'art. 183; Toullier, 1, n. 615; Vazeille, 1, n. 271. [Mais c'est une erreur : l'art. 183 se réfère évidemment à la majorité requise pour le mariage. — Mais si, après le mariage, les ascendants venaient à mourir avant que l'enfant ait atteint sa 25e année, et après qu'il aurait dépassé la 21e, le délai d'un an courrait pour lui, puisqu'il se trouverait avoir l'âge compétent de l'art. 160, Demolombe, 3, n. 285; Marcadé, sur l'art. 163.]

[31] Cette prescription d'un an court alors même que l'autre époux serait mort dans l'intervalle, ou que les époux n'auraient pas cohabité, Merlin, *loc. cit.*

[32] Delvincourt, sur l'art. 183; Toullier, 1, n. 616 et s.; Vazeille, 1, n. 271; [Marcadé, sur l'art. 183; Demolombe, 3, n. 287;] Duranton, 2, n. 308 et s. Ce dernier auteur, [ainsi que Demolombe, 3, n. 288], hésite cependant à admettre le consentement tacite. D'autres auteurs pensent que le consentement donné avant l'âge compétent, [mais après la majorité de vingt-un ans], peut être valable, [Toullier, 1, n. 616 : ce qui est une erreur, puisque c'est l'âge compétent qui détermine la majorité pour le mariage, Duranton, 2, n. 308. V. *sup.*, note 30.] Dans aucun cas, au surplus, le consentement de l'époux ne peut être opposé aux ascendants, Duranton, 2, n. 299; [Delvincourt, sur l'art. 183; Toullier, 1, n. 618; Vazeille, 1, n. 264; Allemand, n. 594; Marcadé sur l'art. 183 : et en effet la ratification de l'époux ne peut pas équivaloir au consentement des ascendants. —*Contrà*, Demolombe, 3, n. 291. Mais la ratification des ascendants peut être opposée à l'époux, parce que cette ratification faisant disparaître le défaut de consentement, il n'y a plus de cause de nullité. V. *sup.*, note 29.]

[33] Duranton, 2, n. 296; [Demolombe, 3, n. 289.]

au préalable qu'il a été satisfait aux prescriptions qui précèdent, est, selon les circonstances, et sous réserve d'une pénalité encore plus grave dans le cas où il y aurait eu collusion, passible d'une amende de seize francs au moins et de trois cents francs au plus, et d'un emprisonnement de six mois au moins et d'un an au plus [34], art. 156; Pén., art. 193, 195.

Enfants naturels. — Les dispositions des articles 148 et 149 sont aussi applicables aux enfants naturels légalement reconnus. L'enfant naturel qui a été reconnu par son père ou par sa mère, ou par tous les deux, ne peut donc, avant l'âge de vingt-cinq, pour le fils, ou vingt-un ans pour la fille, contracter mariage sans le consentement du père ou de la mère, ou de tous les deux, selon qu'il a été reconnu par le père seul, ou par la mère seule, ou par tous les deux. Si l'enfant a été reconnu par ses père et mère, et s'ils diffèrent d'avis relativement au mariage qu'il veut contracter, l'avis du père l'emporte [35], art. 158. Si l'enfant n'a pas été reconnu par ses père et mère, ou par l'un d'eux, s'il a perdu son père ou sa mère, ou ses père et mère qui l'avaient reconnu, ou si ses père et mère sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté [36], il ne peut, jusqu'à l'âge de vingt-un ans accomplis, contracter mariage qu'avec le consentement de son tuteur, ou, à défaut de tuteur [37], qu'avec celui d'un tuteur spécial, ou *ad hoc,* qui doit lui être nommé à cet effet par le conseil de famille [38], art. 159.

[34] Les art. 193 et 195 du Code pénal complètent l'art. 256 du Code Napoléon, qui prévoit les mêmes cas que les art. précités du Code pénal. [C'est-à-dire que la peine est encourue non pas, comme semblerait le faire croire le texte de l'art. 156, par cela seul que l'officier de l'état civil n'a pas énoncé le consentement nécessaire, alors même que d'ailleurs ce consentement aurait été donné, mais quand l'officier de l'état civil ne s'est pas assuré de l'existence de ce consentement, en d'autres termes, quand il a procédé au mariage malgré le défaut de consentement, Marcadé, sur l'art. 156]; Duton, 2, n. 103.—[Aucune excuse d'ignorance ou de bonne foi n'est admise, Turin, 6 avril 1808.] La peine est encourue, bien qu'il n'ait été fait aucune opposition au mariage ou formé aucune demande en nullité. — Le ministère public peut aussi poursuivre seul et sans le concours des intéressés l'officier de l'état civil, [Turin, 6 avril 1808; Rieff., n. 211.]

[35] Merlin, *Rép.*, vº *Empêchement*, § 5, art. 2. [La mère mariée, après avoir reconnu un enfant naturel qu'elle avait eu d'un autre que son mari, n'a pas besoin de l'autorisation de ce dernier pour consentir au mariage de cet enfant, Merlin, *ibid.*]

[36] L'article ne parle pas de l'aïeul et de l'aïeule, parce que les enfants naturels n'en ont pas. Observations du Tribunat sur l'art. 158; [Marcadé, sur l'art. 158; Demolombe, 3, n. 88.] L'enfant naturel qui n'a plus ni père ni mère est donc entièrement libre, à vingt-un ans accomplis, de contracter mariage.

[37] [Lequel doit être alors spécialement autorisé par le conseil de famille à consentir au mariage, et devient, quant à ce, tuteur *ad hoc*], Duranton, 2, n. 116.

[38] Duranton, 2, n. 117; [Demolombe, 3, n. 89; Marcadé, sur l'art. 159.—On doit suivre pour les enfants adultérins, lesquels ne peuvent être reconnus, les règles tracées pour les enfants naturels non reconnus.]

Du reste, tout ce qui a été dit du consentement des père et mère pour les enfants légitimes s'applique ici. Il y a doute cependant sur le point de savoir si le mariage d'un enfant naturel peut être attaqué en nullité lorsque ce mariage a été célébré sans le consentement du tuteur, contrairement à la prescription de l'article 159 [39].

§ 128. *Des empêchements prohibitifs.*

1° Les personnes engagées dans les liens d'un mariage, même nul, ne peuvent contracter un second mariage avant la dissolution du premier, soit par la mort, soit par le divorce, ou avant que la *nullité* en ait été prononcée. V. § 126.

2° Les rapports engendrés par l'adoption déterminent une prohibition de mariage : entre l'adoptant et l'adopté ou les descendants légitimes de celui-ci [1]; entre les enfants adoptifs du même individu [2]; entre l'adopté et l'enfant postérieurement issu de l'adoptant [3]; entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté ; entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant [4], art. 348 [5].

[39] L'art. 182 accorde, il est vrai, l'action en nullité à tous ceux sans le consentement desquels le mariage ne peut être contracté. Cependant l'art. 183 ne fait aucune mention du tuteur, V. les observations du Tribunat sur l'art. 182 : d'où le plus grand nombre des auteurs a conclu que le tuteur n'a pas l'action en nullité. V. Delvincourt, sur l'art. 182; Vazeille, 1, n. 269. [Il y a une autre raison pour refuser au tuteur l'action en nullité, c'est qu'il s'agit d'un tuteur *ad hoc*, qui n'existe que si sa nomination a été provoquée pour avoir son consentement, et qui cesse d'exister aussitôt qu'il a accompli sa mission en donnant ou en refusant son consentement : de telle sorte qu'à vrai dire il n'y a pas d'action de ce chef, parce qu'il n'y a personne pour exercer l'action, Marcadé, sur l'art. 182; Demolombe, 3, n. 280. Mais l'enfant naturel peut, de son chef, demander la nullité du mariage auquel la famille, représentée par un tuteur *ad hoc*, n'aurait pas consenti, Duranton, 2, n. 294; Delvincourt, sur l'art. 182 ; Demolombe et Marcadé, *loc. cit.*—*Contrà*, Vazeille, 1, n. 269.]

[1] C'est, en effet, à la descendance légitime seulement que s'appliquent les dispositions de la loi, quand elle parle des enfants d'une manière générale. [Du reste, l'empêchement n'existe pas entre l'adoptant et l'enfant adoptif de l'adopté, Marcadé, sur l'art. 348.]

[2] [Mais non entre l'enfant adoptif de la femme et l'enfant adoptif du mari, Duranton, 2, n. 309.]

[3] [Mais non entre l'adopté et les ascendants de l'adoptant, Duranton, 2, n. 173; ni entre un enfant de l'adoptant et un enfant de l'adopté, Marcadé, sur l'art. 348.]

[4] [Mais non entre les deux conjoints de l'adoptant et de l'adopté, et entre le conjoint de l'adoptant et un enfant de l'adopté et réciproquement, Marcadé, *loc. cit.*]

[5] Plusieurs auteurs rangent cet empêchement parmi les empêchements dirimants, et l'apprécient d'après son analogie avec l'empêchement résultant de la consanguinité. V. Proudhon, 1, n. 230; [Merlin, *Rép.*, v° *Empêch. de mar.*, § 4, n. 2 ; Vazeille, 1, n. 228 ; Demolombe, 3, n. 338.] Mais le Code n'accorde à personne une action en nullité, à raison de cet empêchement ; [et l'art. 184, qui prononce la nullité du mariage contracté en contravention aux art. 161, 162 et 163, relatifs à la parenté naturelle, ne fait aucun rappel de l'art. 348, relatif à la parenté fictive, Demolombe, 3, n. 338; Marcadé, sur l'art. 348.] V. *sup.*, § 118.

3° Les époux divorcés par consentement mutuel, ou pour cause déterminée, ne peuvent se remarier ensemble [6], art. 295.

4° Lorsqu'un mariage a été dissous par un divorce pour cause déterminée, ou par la mort naturelle ou civile du mari [7], la femme ne peut contracter un second mariage que dix mois après la dissolution du précédent [8], art. 228, 296. V. Pén., art. 194. Si la femme se remarie avant l'expiration de ce délai, et accouche ensuite à une époque qui, d'après les règles en vigueur pour déterminer la filiation légitime, peut faire attribuer l'enfant au premier aussi bien qu'au second mari, les tribunaux décideront la question de paternité soulevée par la naissance de l'enfant, selon les circonstances ; s'il y a doute, ils devront décider en faveur de l'enfant [9].

5° Les époux divorcés par consentement mutuel ne peuvent contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce, art. 297.

6° Dans le cas de divorce pour cause d'adultère [10], l'époux coupable ne peut jamais se marier avec son complice [11], art. 298.

7° Les officiers, sous-officiers et soldats de l'armée de terre et

[6] [Des auteurs considèrent aussi cet empêchement comme dirimant; Proudhon, 1, p. 406. — *Contrà*, et avec raison, Toullier, 1, n. 651 ; Duranton, 2, n. 178; Vazeille, 1, n. 103; Demolombe, 3, n. 339.] V. à cet égard, *sup.*. note 5. — Aujourd'hui que le divorce est aboli, il ne résulte plus aucun empêchement d'un divorce antérieurement prononcé, Vazeille, 1, n. 103; [Toullier, 1, n. 156; Duranton, 2, n. 180; Valette sur Proudhon, 1, p. 406; Marcadé, 1, p. 413. Mais c'est là une erreur; la loi abolitive du divorce n'en a pas aboli les effets, Duvergier, *Rev. de dr. fr.*, 2, p. 24 ; Demolombe, 3, n. 125 ; Paris, 14 juin 1847, S. V., 47, 2, 400.]

[7] Ou bien encore si le mariage a été déclaré nul, la raison est la même, Trèves, 30 avril 1806 ; [Toullier, 2, n. 663; Duranton, 2, n. 129; Marcadé sur l'art. 228; Demolombe, 3, n. 124.]

[8] Cet empêchement est rangé par plusieurs auteurs parmi les empêchements dirimants, [Delvincourt, sur l'art. 228 ; Proudhon, 1, p. 405.—*Contrà*, et avec raison, Dijon, 3 juill. 1807 ; Cass., 19 oct. 1811 ; Locré, 2, p. 379; Merlin, *Rép.*, v° *Noces* (*secondes*), § 2, n. 1; Toullier, 1, n. 651, et 2, 664; Duranton, 2, n. 176; Vazeille, 1, n. 98 et s.; Valette sur Proudhon, 1, p. 405; Marcadé, sur l'art. 228.]

[9] Le Code civil ne décide pas cette question, qui, d'après l'ancien droit, était controversée. La majorité des anciens auteurs attribuait l'enfant au second mari. [V. notamment Bouvot, *Quest. notables*, v° *Enfant*, 1, p. 69, et Rousseau de Lacombe, *eod. verb.*, n. 8. Il en est de même aujourd'hui.] V. Toullier, 2, n. 666; Duranton. 3, n. 63 ; [Delvincourt, sur l'art. 228 ; Marcadé, *ibid.*; Devilleneuve, sur Cass. 23 nov. 1842, S. V., 43, 1, 5. — *Contrà*, Richefort, 1, ch. 1.—V. sur la question, Devergie, *Méd. lég.*, 1, p. 495; Locré, 6, p. 50 et s. V. aussi *inf.* le titre de la *Paternité*.]

[10] Selon quelques auteurs, il en est de même en cas de séparation de biens pour cause d'adultère, si l'un des époux vient à décéder. V. Delvincourt, sur l'art. 298. Il y a, en effet, parité de raison. —*Contrà*, Vazeille, 1, n. 103 ; [Duranton, 2, n. 179 ; Toullier, 1, n. 555 ; Marcadé, 1, p. 413. Ces derniers auteurs ont raison : il n'y a pas parité de raison entre le divorce qui dissout le mariage, et la séparation de corps qui le maintient.]

[11] Cet empêchement est aussi rangé par Proudhon, 1, n. 651, parmi les empêchements dirimants. [Mais à tort. V. *sup.*, note 6.]

de l'armée de mer ne peuvent se marier sans le consentement de leurs supérieurs. V. Décret des 3 et 28 août 1808 [12];

8° Ceux qui ont atteint l'âge où ils peuvent contracter mariage sans le consentement de leurs père et mère, ou de leurs aïeules et aïeules, art. 148, sont tenus cependant, dans le cas où les père et mère ou aïeuls et aïeules n'ont pas donné leur consentement, de leur adresser un acte respectueux, pour leur demander conseil au sujet du mariage qu'ils projettent [13]; art. 151-158. Cet acte respectueux ou requête de l'enfant [14], rédigé dans la forme ordinaire des actes notariés [15]; est adressé au père et à la mère [16], ou au survivant d'entre eux, ou bien, si tous les deux sont décédés ou hors d'état de manifester leur volonté [17], aux aïeuls et aïeules [18]:— *Cet acte est signifié ensuite à l'ascendant auquel il est destiné*[19] par

[12] V. une circulaire du ministre de la guerre, du 7 sept. 1808, et un avis du Conseil d'Etat, des 22 nov.-21 déc. 1809. Cet empêchement est seulement prohibitif. V. le décret du 16 juin 1808, art. 1.

[13] C'est un conseil que l'enfant demande à ses père et mère, ce n'est pas une sommation qu'il leur adresse, [Bordeaux, 12 fruct. an XIII; Marcadé, sur l'art. 151. Toutefois le mot *sommation* peut être employé si d'ailleurs l'acte est conçu en termes respectueux, Cass., 4 nov. 1807; Rouen, 6 mars 1806; Merlin, *Rép.*, v° *Sommation resp.*, n. 3; Toullier, 1, n. 549; Demolombe, 3, n. 78. — A plus forte raison l'acte serait-il valable si, au lieu de demander le *conseil* de ses père et mère, l'enfant leur demandait leur *consentement*, Cass., 24 déc. 1807; Toulouse, 27 juin et 21 juill. 1821; Besançon, 30 juillet 1822; Amiens, 8 avril 1825; Merlin, *Quest.*, v° *Actes respect.*, § 3, quest. 16; Demolombe, 3, n. 78.] Mais quels que fussent les termes employés, l'acte pourrait être déclaré nul, et l'opposition des père et mère serait fondée, s'ils étaient irrespectueux. Favard, V. *Acte respectueux*, § 3. — Il faut de plus que l'acte procède de la libre volonté de l'enfant. Mais la volonté ne cesse pas d'être libre, parce qu'une fille aurait quitté la maison paternelle, [Douai, 27 mai 1835, S. V., 36, 2, 41; Vazeille, 1, n. 139];... même pour aller habiter chez le père ou la mère du futur, [Agen, 27 août 1829; Amiens, 28 janv. 1840, S. V., 41, 2, 549;—...ou parce qu'elle se serait retirée chez le futur lui-même, Paris, 26 avril 1836 et 16 sept. 1847, S. V., 36, 2, 238 et 47, 2, 527; Merlin, *Rép.* V. *Opp. à mar.* et *Quest.*, v° *Actes resp.*, § 3, quest. 14; Vazeille, 1, n. 139; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 251... Sauf aux tribunaux à ordonner telles mesures que de raison pour, s'il y a lieu, consacrer et assurer la liberté de la fille, Montpellier, 31 déc. 1821; Demolombe, 3, n. 73; Chardon, n. 251. V. cependant Cass., 21 déc. 1809; Bruxelles, 4 avril 1811; Rouen, 17 janvier 1820.]

[14] Il n'est question ici que des enfants légitimes. En ce qui touche des enfants naturels, V. à la fin du paragraphe.— L'adopté n'a pas besoin de faire d'acte respectueux à l'adoptant, arg., art. 348, § 1; Favard, v° *Actes resp.*, § 7; [Demolombe, 3, n. 61.]

[15] Toulouse, 2 fév. 1830, et Lyon, 23 déc. 1831, S. V., 32, 2, 207; [Demolombe, 3, n. 76.]

[16] L'acte respectueux doit être adressé à la mère et à l'aïeule, même dans le cas de consentement du père ou de l'aïeul, Bruxelles, 5 mai 1808; Douai, 25 janv. 1816; Duranton, 2, n. 106; [Demolombe, 3, n. 62.]

[17] V. *sup.*, § 127, notes 11, 12, 13 et art. 153. En cas d'absence d'un ascendant, l'acte respectueux est fait à celui qui le remplace, Duranton, 2, n. 112; [Valette sur Proudhon, 1, p. 379; Demolombe, 3, n. 63.]

[18] Ou aux bisaïeul et bisaïeule, V. § 127, note 16. — Il n'y a lieu dans aucun cas de signifier d'acte respectueux au conseil de famille, [ni au second mari de la mère remariée, Demolombe, 3, n. 63.]

[19] Les actes respectueux ne doivent pas être nécessairement signifiés à personne, il suffit qu'ils le soient à domicile, [Bruxelles, 21 frim. an XIII; Lyon, 22

deux notaires, ou par un seul notaire assisté de deux témoins [20]. La loi n'exige pas la présence de l'enfant [21]. Le notaire dresse procès-verbal du tout [22], et y mentionne en même temps la réponse faite, en indiquant les motifs allégués dans cette réponse [23]. Il laisse aux père et mère copie de ce procès-verbal [24].

Lorsque le fils n'a pas trente ans, ou que la fille n'a pas vingt-

avril 1812; Caen, 12 août 1818; Grenoble, 1er déc. 1818; Caen, 10 déc. 1819; Rennes, 2 mars 1825; Amiens, 2 avril 1825; Paris, 26 avril 1836, S. V., 36, 2, 238; Merlin, *Quest.*, v° *Acte resp.*, § 3, quest. 4; Delvincourt, sur l'art. 154; Toullier, 1, n. 549; Vazeille, 1, n. 136; Duranton, 2, n. 110; Marcadé, sur l'art. 154; Demolombe, 3, n. 81. V. cependant Cass., 12 déc. 1815; Montpellier, 1er juill. 1817; Bruxelles, 3 avril 1823; Nîmes, 8 juill. 1830; Riom, 28 janv. 1839, S. V., 39, 2, 212.] Cependant il est toujours convenable que le notaire, s'il ne trouve pas les père et mère chez eux, ajourne la notification. V. Pr., art. 66; V. aussi une circulaire du ministre de la justice, du 11 messid. an XII.

[20] Le notaire n'est pas tenu de justifier d'un pouvoir, [Bruxelles, 26 déc., 1812, et 29 mars 1820; Douai, 27 mai 1835, S. V., 36, 2, 44; Demolombe, 3, n. 72; Allemand, n. 237. — Il y a plus: il a été jugé que le notaire qui a mandat de faire signifier des actes respectueux ne peut les signifier lui-même, Douai, 8 janv. 1828. — *Contrà*, Douai, 27 mai 1835, S. V., 36, 2, 44.] — Il suffit en tout cas que le notaire soit autorisé dans le premier acte pour qu'il soit suffisamment autorisé à notifier les autres. [Toutefois, il y a doute sur le point de savoir si un pouvoir donné pour notifier les trois actes n'est pas nul comme irrévérencieux, en ce que d'avance il manifeste l'intention de ne tenir aucun compte des conseils de l'ascendant. Dans le sens de la nullité, V. Bruxelles. 3 avril 1825; Rouen. 19 mars 1828. Dans le sens de la validité, V. Caen, 11 avril 1822, et 24 fév. 1827; Douai, 8 janv. 1828; Merlin, § 3, *Quest.* 19; Demolombe, 3, n. 79. — Le notaire en second ou les deux témoins doivent être réellement présents à la signification de l'acte respectueux. L'art. 154 est formel, Lyon, 23 mai 1831, S. V., 32, 2, 207. V. cependant Demolombe, 3, n. 77. Néanmoins, on admet assez généralement qu'il n'est pas nécessaire que le notaire en second ou les témoins qui ont signé l'original de la signification signent également la copie laissée à l'ascendant, Caen, 10 déc. 1819; Montpellier, 31 déc. 1821; Besançon, 30 juill. 1822; Toulouse, 7 mai 1830; Douai, 27 mai 1835, S. V., 36, 2, 44; Paris, 26 avril 1836, S. V., 36, 2, 238; Demolombe, 3, n. 77. — *Contrà*, Bordeaux, 12 fruct. an XIII; Paris, 12 fév. 1811.] — Les témoins doivent avoir les qualités requises pour les actes notariés en général, [Angers, 20 janv. 1809; Bruxelles, 11 avril 1810.]

[21] [C'est un point qui a été quelque temps incertain, mais qui est aujourd'hui constant. L'arrêt le plus récent qui, à la suite de beaucoup d'autres, juge la question en ce sens, est de Paris, 26 avril 1836, S. V., 36, 2, 238; *sic*, Toullier, 1, n. 549; Duranton, 2, n. 111; Demolombe, 3, n. 71; Marcadé, sur l'art. 154.]

[22] [Ce procès-verbal est distinct de l'acte respectueux lui-même, lorsque l'enfant, ne se présentant pas avec le notaire, a préalablement fait dresser par celui-ci l'acte respectueux qui doit être notifié, Toulouse, 2 fév. 1830; Demolombe, 3, n. 75.] Le procès-verbal doit être fait suivant les règles applicables aux actes notariés en général. [V. *sup.*, note 20.]

[23] [Douai, 25 janv. 1816.] A moins que les père et mère n'aient refusé de répondre, Locré, 2, p. 86, [ou de recevoir la copie, Pau, 1er déc. 1824; ou que le notaire ne les ait pas trouvés à leur domicile, Caen, 12 déc. 1815; Toulouse, 27 juin et 21 juillet 1821; Cass., 11 juill. 1827.]

[24] Les témoins doivent signer l'original et la copie de l'acte. [V. *sup.*, note 20.] — Il suffit de laisser une copie pour le père et la mère, Bruxelles, 9 janv. 1824, [et 29 mars 1820. — On doit au contraire décider que l'enfant devant demander le consentement de l'un et de l'autre, la signification doit avoir lieu par copie séparée, Montpellier, 1er juill. 1817; Rennes, 2 mars 1825; Paris, 10 mars 1825; Amiens, 18 janv. 1840, S. V., 41, 2, 549; Merlin, § 3, *Quest.* 2 et 3; Vazeille, 1, n. 134; Duranton, 2, n. 110; Demolombe, 3, n. 62.]

cinq ans révolus [25], l'acte respectueux, sur lequel il n'y a pas eu de consentement au mariage, doit être, de mois en mois [26], renouvelé deux fois [27]. Si l'enfant a dépassé l'âge de trente ou de vingt-cinq ans, un seul acte respectueux suffit. Dans le premier cas, il ne peut être passé outre au mariage qu'un mois après le troisième acte respectueux ; dans le second cas, un mois après l'acte respectueux unique [28].

L'empêchement résultant du défaut d'actes respectueux ne constitue pas, comme nous l'avons déjà fait observer, *sup.*, § 127, un empêchement dirimant, mais un empêchement simplement prohibitif [29]. Aussi les parents ne peuvent-ils que former opposition au mariage de leur enfant, s'il n'y a pas eu d'actes respectueux; si cet acte ne leur a pas été signifié trois fois; si les formalités prescrites n'y ont pas été observées, ou enfin si l'enfant voulait faire célébrer son mariage avant l'expiration du délai d'un mois. La loi, au surplus, laisse au juge un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les cas dans lesquels l'acte respectueux doit être annulé, par inobservation des formalités légales ci-dessus indiquées [30]. Le juge doit, dans sa décision, s'inspirer de l'esprit de de la loi, qui a été, en différant le mariage, de laisser aux enfants

[25] C'est par erreur que l'art. 153 ne reproduit pas la distinction entre l'âge du fils et celui de la fille. [La fille âgée de 25 ans peut donc se marier après un seul acte respectueux, Bordeaux, 22 mai 1806; Besançon, 24 mai 1808; Bourges, 2 janv. 1810; Paris, 19 sept. 1815; Merlin, § 2, *Quest.* 3; Toullier, 1, n. 548; Duranton, 2, n. 108; Rieff, n. 215; Chardon, n. 246; Marcadé, sur l'art. 152.]

[26] Ainsi si la première notification a eu lieu le 1er mai, la seconde peut se faire le 1er juin. L'art. 1033 Pr. n'est pas applicable à ce cas, Paris, 19 oct. 1809; Lyon, 23 déc. 1831, S. V., 31, 2, 267; [Bordeaux, 9 juin 1844, S. V., 44, 2, 504; Merlin, § 2, *Quest.* 1; Duranton, 2, n. 107; Vazeille, 1, n. 135; Chardon, n. 246; Demolombe, 3, n. 67. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 152; Huteau d'Origny, de *l'Etat civ.*, p 235. — Les actes respectueux peuvent être renouvelés après l'expiration du mois. Ce délai n'est pas de rigueur, Chardon, n. 246; Demolombe, 3, n. 68. — *Contrà*, Huteau d'Origny, p. 236.] — La notification peut-elle avoir lieu un jour férié ? [*Oui*, Agen, 27 août 1829; Cofiinières, *Encycl. du droit*, vº *Acte respect.*, n. 38. *Non*. *Formul. du Not.*, p. 91. V. Demolombe, 3, n. 82.]

[27] Est-il nécessaire de dresser, avant la seconde et de même avant la troisième notification, un nouvel acte notarié, constatant que l'enfant a été informé de la réponse des père et mère et a cependant réitéré sa demande de conseil ? Ou bien le premier acte suffit-il, alors du moins que la notification qui en est faite tend en même temps au renouvellement de la demande ? [Selon Demolombe, 3, n. 80, un nouvel acte est nécessaire.—*Contrà*, Besançon, 30 juill. 1822. V. aussi Douai, 8 janv. 1828.]

[28] [Un mois après le dernier acte respectueux, il peut être passé outre à la célébration du mariage, à quelque époque que ce soit. Les actes respectueux ne sont pas susceptibles de péremption, Demolombe, 3, n. 69.]

[29] [Cass., 12 fév. 1833, S. V., 1, 195; Bigot de Préameneu, *Disc. au Corps législ.*; Favard, vº *Actes respect.*, n. 8; Duranton, 2, n. 104 et 113. — *Contrà*, Toulouse, 29 juill. 1828; V. aussi Cass., 9 mars 1831, S. V., 31, 1, 142. — Sur la nécessité des actes respectueux en cas de mariage en pays étranger, V. *sup.*, § 114, note 13.]

[30] [Merlin, *Rép.*, vº *Actes respect.*, § 3; Demolombe, 3, n. 83.]

le temps de la réflexion, et aux conseils des parents les moyens de produire leur effet. Le juge sera ainsi porté à se prononcer plutôt contre que pour la validité de l'acte respectueux, surtout si le mariage projeté rencontre d'autres objections [31]. — Si l'acte respectueux est déclaré nul pour un motif quelconque, il peut et doit même, suivant les cas, être renouvelé.

La loi frappe d'une amende et d'un emprisonnement l'officier de l'état civil qui célèbre le mariage sans que l'enfant ait fait ou réitéré les actes respectueux de la manière prescrite par le Code, art. 151-157.

Ce qui précède s'applique également aux enfants naturels reconnus [32]. Seulement, ils ne sont tenus d'adresser l'acte respectueux qu'à leurs père et mère, et non aux aïeuls et aïeules, art. 158.

§ 129. *De quelques empêchements controversés.*

Il y a doute sur la question de savoir si le mariage contracté, soit par un prêtre de l'Eglise catholique [1], soit par une personne

[31] [La nullité des actes respectueux peut d'ailleurs être proposée en tout état de cause, sur l'instance en opposition au mariage; il n'est pas nécessaire qu'elle soit proposée avant toute défense au fond, Rennes, 25 mars 1825.]

[32] [Mais non aux enfants adultérins.]

[1] L'opinion de ceux qui considèrent l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement dirimant s'appuie sur une décision de l'Empereur, rappelée dans des circulaires de M. Portalis, alors ministre des cultes, en date des 14 janv. 1806, 30 janv. et 9 fév. 1807, et sur la Charte de 1814, art. 6, qui déclare la religion catholique religion de l'Etat, disposition qui n'est pas reproduite dans la Charte de 1830, où il est dit seulement que la religion catholique est la religion de la majorité des Français, [ni dans les Constitutions postérieures.] La question est controversée. [Et elle le sera probablement longtemps encore, comme toutes les questions qui se résolvent plutôt par des principes sur lesquels les opinions divergentes se mettent difficilement d'accord que par les textes sur lesquels il est plus aisé de s'entendre. Ceux qui séparent l'Eglise de l'Etat d'une façon tellement radicale que l'Etat doive rester complétement indifférent aux intérêts et à l'existence même de l'Eglise, sont disposés à permettre le mariage des prêtres. Ceux, au contraire, qui, tout en maintenant l'indépendance de l'Etat, veulent aussi maintenir l'Eglise, qui, après tout, remplit une fonction dans l'Etat; ceux qui pensent que l'Eglise cesserait d'être le jour où les règles fondamentales de sa discipline ne seraient plus obligatoires, non-seulement dans l'ordre spirituel, mais aussi dans l'ordre civil, quand précisément elles sont faites pour l'ordre civil, défendront le mariage des prêtres, avec lequel il n'y aurait plus de prêtres. Ceux-ci, quand il s'agit de résoudre la question d'après les lois civiles et positives, se montreront dès lors aussi faciles dans l'admission et l'interprétation des textes qui serviront de base légale à leurs opinions, que les premiers se montreront rigoureux et difficiles. Sans entrer ici dans l'examen de cette très-vaste question, nous nous bornerons à indiquer d'abord les principaux monuments de la jurisprudence qui est beaucoup moins divisée que la doctrine, ensuite les opinions les plus récentes, en renvoyant pour des indications plus détaillées à la *Table générale* de Devilleneuve, v° *Mariage*, n. 39 et s., et au *Code annoté* de Gilbert, sur le tit. du *Mariage*, n. 2 et s. Dans le sens de l'empêchement, V. Paris, 27 déc. 1828, 14 janv. 1832, S. V., 32, 2, 65; Cass., 21 fév. 1833, S. V., 33, 1, 168; Limoges, 17 janv. 1846, S. V., 46, 2, 98; Cass., 23 fév. 1847, S. V., 47, 1, 177;

appartenant à l'une des congrégations religieuses reconnues par l'État[2]; soit entre blancs et nègres[3], doit être considéré comme nul. Quant aux prêtres et aux religieux, aucune loi de l'ordre civil ne leur a jusqu'à présent défendu le mariage. Les mariages entre blancs et nègres, déclarés nuls par l'ancien droit, doivent être considérés comme licites dans l'état actuel de la législation.

CHAPITRE V.

DE QUELQUES-UNES DES OBLIGATIONS QUI NAISSENT DU MARIAGE[1].

§ 130. *Des droits des enfants.*

[La procréation des enfants est un des buts principaux du mariage : quand ce but est atteint, il en résulte pour les enfants et pour leurs père et mère des droits et des obligations réciproques.]

1° Les père et mère sont tenus de donner à leurs enfants une éducation conforme à leur condition et à leur fortune et une instruction conforme à cette éducation[2]; art. 203. V. aussi art. 384 et 385.

Alger, 11 déc. 1851, S. V., 51, 2, 760; Fœlix, *Rev. étr.*, 1837, p. 92; Marcadé, 1, p. 416; Favard, v° *Mariage*, sect. 1, § 2, n. 9; Walter, *Man. de dr. ecclés.*, p. 277; Mailher de Chassat, *Des statuts*, n. 175. — Dans le sens contraire, V. Merlin, *Rép.*, v° *Célibat*, n. 2 et v° *Mariage*, § 1, n. 4; Toullier, 1, n. 560; Vazeille, 1, n. 94; Nachet, *Lib. rel.*, p. 320; Richefort, 1, n. 217; Serrigny, *Droit publ.*, 1, p. 567; Demolombe, 3, n. 131; Devilleneuve, *Coll. nouv.*, 9, 2, 177. — Ajoutons, dans le système de l'empêchement, qu'il a été jugé par l'arrêt précité de Paris, du 27 déc. 1828, que la renonciation du prêtre à l'exercice du ministère ecclésiastique ne fait pas disparaître l'obstacle; et que, d'après un arrêt de Paris, du 18 mai 1818, l'empêchement est non-seulement prohibitif, mais dirimant. V. cependant sur ce dernier point, Carette, *Coll. des lois*, 1, p. 708.]

² [Les ordres religieux fondés sur la perpétuité des vœux monastiques n'étant pas reconnus en France, Décr., 13-19 fév. 1790; Décr., 5 mess. an XII, il en résulte qu'il ne peut y avoir aucun empêchement légal résultant de la perpétuité de ces vœux., Cass., 3 flor. an XIII. — Mais les vœux ou engagements temporaires permis par le décret du 18 fév. 1809 forment, pour tout le temps de leur durée, un empêchement prohibitif, [Demolombe, 3, n. 132.]

³ L'édit de mars 1724, appelé le Code noir, défend le mariage entre gens de la race noire et de la race blanche. Cette prohibition a été levée par la loi du 16 oct. 1791. V. aussi la loi du 30 ventôse an XII. Mais une circulaire du ministre de la justice du 18 nivôse an XI semble indiquer que l'intention du gouvernement était d'empêcher de pareils mariages. V. Delvincourt, 1, p. 128; Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*; [Locré, 4, p. 615. Au surplus, cet empêchement, qui n'était pas considéré comme dirimant, Cass., 27 juin et 10 déc. 1838, S. V., 38, 1, 497, et 39, 1, 492, a cessé d'être un empêchement prohibitif depuis la loi du 24 avril 1833, qui accorde l'exercice des droits civils aux gens de couleur; et surtout depuis les décrets des 4 mars et 27 avril 1848, abolitifs de l'esclavage.]

¹ [Il n'est traité dans ce chapitre que de quelques-uns des devoirs personnels qui dérivent du mariage. Les autres seront exposés au titre de la *Puissance paternelle*. Quant aux effets du mariage relativement aux biens, il en sera traité au titre du *Contrat de mariage*.]

² [Cette obligation d'éducation et d'entretien existe également au profit des enfants naturels, arg. art. 159, 383, 756,

Néanmoins les tribunaux ne peuvent et ne doivent accueillir les plaintes des enfants au sujet de l'inexécution de cette obligation que dans des circonstances graves[3], arg. art. 204. Les parents sont tenus d'ailleurs de supporter les frais de l'entretien et de l'éducation des enfants, lors même que, par suite d'interdiction, ils ne seraient point capables d'exercer la puissance paternelle ou qu'ils en auraient été privés par suite d'une condamnation[4].

2° Le père, lorsqu'il a l'administration des biens de ses enfants, est tenu de certaines obligations qui seront expliquées *inf.*, aux titres de la *Minorité* et de la *Majorité*.

3° Les enfants ont le droit, lorsqu'ils sont dans le besoin, de demander des aliments à leurs parents[5]. V. le paragraphe suivant. Mais les parents ne sont pas obligés de doter leurs enfants ni de leur donner les moyens de former un établissement[6], art. 204.

4° Les enfants sont les héritiers naturels, et, dans une certaine mesure, nécessaires de leurs parents. V. *inf.* le titre des *Successions.*

§ 131. *Des droits des père et mère et autres ascendants et des enfants à des aliments*[1].

Les enfants sont tenus de fournir des aliments à leurs père et

762, 764 et 765; Locré, 4, p. 488; Demante, *Progr.*, 1, n. 238; Demolombe, 4, n. 16; Marcadé, sur l'art. 203. V. *inf.* le titre de la *Paternité* et de la *Filiation*.]

[3] C'est ce qu'indique le silence du Code au sujet des griefs de cette nature, Locré, sur l'art. 374. [Toutefois il a été jugé que l'enfant avait action à l'égard des dépenses que peuvent entraîner des études servant de complément à des études déjà faites et indispensables pour le rendre apte à l'exercice d'une profession qu'il n'a embrassée que par les conseils de son père ou de sa mère, Bordeaux, 6 juill. 1832, S. V., 33, 2, 78.]

[4] [Marcadé, sur l'art. 203; Demolombe, 4, n. 15.—Il est à remarquer toutefois que cette obligation d'éducation et d'entretien n'est imposée qu'à ceux qui ont ou qui peuvent avoir la puissance paternelle : ainsi elle est personnelle au père et à la mère, et ne passe pas aux ascendants, qui peuvent sans doute avoir, comme tuteurs, des obligations analogues, mais qui ne sont pas tenus au même titre que le père et la mère, Demolombe, 4, n. 8.]

[5] [Le droit des enfants aux aliments est distinct du droit à l'éducation et à l'entretien. Les enfants ont toujours le droit d'être élevés, c'est-à-dire de recevoir l'éducation et l'entretien : ils n'ont droit aux aliments que lorsque, malgré l'éducation et l'entretien qu'ils ont reçus dans leur enfance, ils ne sont pas à même de subvenir à leurs besoins, Nîmes, 20 août 1807; Trèves, 13 août 1810; Rennes, 24 déc. 1810; Paris, 13 avril 1833, S. V., 33, 2, 227; Vazeille, 2, n. 486; Toullier, 2, n. 613; Duranton, 2, n. 417; Demolombe, 4, n. 2; Marcadé, sur l'art. 203.—Nous reviendrons sur ce point dans le paragraphe suivant.]

[6] [Même lorsqu'une dot aurait été promise, Toullier, 14, n. 69 et 70; Benoit, *De la dot*, 1, p. 81. Cependant lorsqu'une pension dotale a été constituée, l'enfant a le droit d'en demander la continuation, Cass., 28 oct. 1807.]

[1] Il ne faut pas confondre le droit aux aliments avec le bénéfice de compétence. [On appelait bénéfice de compétence, en droit romain, l'obligation imposée à certains créanciers, tels que l'enfant, le gendre et autres, de ne poursuivre leur débiteur sur ses biens que déduction faite de ce qui était nécessaire à ce dernier

mère et autres ascendants lorsqu'ils sont dans le besoin, art. 205. Réciproquement le père et la mère et les autres ascendants [2] doivent des aliments à leurs enfants et descendants [3], art. 203 et arg. art. 207 combiné avec l'art. 205. La même obligation réciproque existe entre le beau-père et la belle-mère d'une part, et le gendre ou la bru de l'autre [4], art. 206, 207. Toutefois la belle-mère [5] ou la bru [6] qui contractent un second mariage ne peuvent réclamer d'aliments [7]; et l'obligation de les fournir cesse d'une manière ab-

pour vivre, L. 173, Dig., *De reg. jur.*; L. 30, Dig., *De re judic.*; Inst., *De act.*, § 38.] Ce bénéfice ne peut plus être invoqué aujourd'hui par ceux à qui des aliments sont dus contre ceux qui les doivent, Delvincourt, 1, p. 226; Toullier, 2, n. 9; Vazeille, 2, n. 913. — *Contrà*, Proudhon, *De l'usufruit*, 1, p. 157; [Demolombe. 4, n. 56.]

[2] La réciprocité de l'art. 207 s'applique à l'art. 205 comme à l'art. 206; Vazeille, 2, n. 489; Duranton, 2, n. 387; Cass., 28 oct. 1807; [Marcadé, sur l'art. 207; Demolombe, 4, n. 23; Lyon, 23 août 1831, S. V., 32, 2, 439.] — *Contrà*, Toullier, 2, n. 612. [Mais cette dernière opinion isolée doit être d'autant moins suivie qu'originairement les art. 205, 206 et 207 ne formaient qu'un seul article, divisé en trois paragraphes, Locré, 4, p. 432.]

[3] [Les enfants naturels ont, comme les enfants légitimes, une action contre leurs père et mère pour des aliments. Cass., 21 prair. an X; 16 nov. 1808; 27 août 1811; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1; Toullier, 2, n. 976 et s.; Delvincourt, 1, p. 377; Duranton, 1, n. 377. Mais cette obligation n'incombe qu'au père ou à la mère, et non à l'aïeul, Cass., 7 juill. 1817; Toullier, 2, n. 979; Chabot, *Success.*, sur l'art. 756; Vazeille, sur le même article, et *Du mar.*, 2, n. 501; Duranton, 2, 379. Réciproquement l'enfant naturel doit des aliments à ses père et mère, mais il n'en doit pas à leurs ascendants, Merlin, *loc. cit.*; Toullier, 2, n. 1074; Duranton, 1, n. 396. — Sur le point de savoir à quels enfants naturels les aliments sont dus, V. *inf.* le titre de la *Paternité* et de la *Filiation*.]

[4] [L'obligation ne s'étend pas au second mari de la mère (*parâtre*) ni à la seconde femme du père (*marâtre*), que dans le langage commun on appelle quelquefois beau-père et belle-mère, non plus qu'aux enfants de l'époux remarié (*fillâtres*), auxquels on donne aussi les noms de beau-fils et de belle-fille, Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 2, n. 3; Toullier 2, n. 612; Duranton, 2, n. 402; Demolombe, 4, n. 24; Marcadé, sur l'art 307.] Sous l'expression de beau-père et de belle-mère il faut comprendre tous les ascendants par *alliance*. V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 206; Vazeille, 2, n. 495; Duranton, 2, n. 406. V. en sens contraire, Proudhon, 1, p. 254; Toullier, 2, 612. Dans le principe, l'article, après avoir dit que les enfants devaient des aliments à leurs père et mère et autres ascendants, ajoutait qu'ils en devaient également *à leurs alliés* dans la même ligne, ce qui comprenait les ascendants par alliance. Cette rédaction fut modifiée, parce qu'on ne voulait pas accorder les aliments au parâtre et à la marâtre. V. la discussion [et Locré, 4, p. 379.] L'affirmative doit donc être préférée. [V. en ce sens, Marcadé, sur l'art. 206; Demolombe, 4, n. 25; Valette sur Proudhon, 1, p. 446.]

[5] Mais la belle-mère n'est pas affranchie de l'obligation de fournir des aliments; le gendre ou la belle-fille en sont seuls exemptés, Duranton, 2, n 420; [Marcadé, sur l'art. 206.] — *Contrà*, Delvincourt. sur l'art. 206. [Cette dernière opinion est préférable. Le relâchement de l'alliance produit par le convol est réciproque, Demolombe, 4, n. 29.]

[6] Bien que l'art. 206 ne parle pas de la belle-fille, néanmoins le principe de la réciprocité veut que son convol produise les mêmes effets que celui de la belle-mère. V. art. 207; Duranton, 2, n. 421; [Marcadé, sur l'art. 207; Demolombe, 4, n. 28.]

[7] [Le droit de la belle-mère et réciproquement celui de la belle-fille, éteint par leur second mariage, ne revit pas par la dissolution de ce nouveau mariage sans enfants, Rennes, 5 mai 1826. — Du reste, les enfants ne cessent pas de devoir des aliments à leur mère ou à leur père qui ont convolé en secondes noces, bien que le parâtre ou la marâtre profite indirectement de ces aliments, Colmar,

solue par le décès, sans postérité, de l'époux qui produisait l'alliance, ou par le décès des enfants issus de son union avec l'autre époux[8], art. 206. Les aliments ne sont pas dus entre collatéraux[9] et entre les alliés autres que ceux qui viennent d'être désignés. Cependant la dette des aliments, de même que toute autre dette, paraît devoir se transmettre aux héritiers et successeurs à titre universel des débiteurs, c'est-à-dire de ceux auxquels incombe l'obligation de fournir des aliments[10]. Les aliments sont dus, quel que soit l'âge[11] ou la conduite[12] de celui qui les demande, et même dans le cas où il serait frappé de mort civile[13]. Il ne paraît pas cependant que celui qui s'est rendu indigne d'hériter soit fondé à réclamer des aliments de celui à l'égard duquel il a encouru cette indignité[14].

5 juin 1810; Poitiers, 24 nov. 1824; Duranton, 2, n. 421; Vazeille, 2, n. 496; Demolombe, 4, n. 51. — Il est à observer d'ailleurs que le second mariage du beau-père ou du gendre, à la différence de celui de la belle-mère ou de la belle-fille, ne modifie pas la dette alimentaire, Demolombe, 4, n. 27; Marcadé, sur l'art. 206.]

[8] [En d'autres termes, le décès d'un conjoint ne fait cesser pour le conjoint survivant les obligations d'aliments qui résultaient de l'alliance produite par le mariage qu'autant qu'il n'y a pas d'enfants issus du mariage, et que lorsque ces enfants viennent eux-mêmes à décéder. — Le décès du conjoint, quand il laisse des enfants, ne suffit pas pour exempter l'époux survivant de l'obligation de fournir des aliments au père et à la mère de l'époux décédé, alors même que cet époux serait un enfant naturel : la dette d'aliments à laquelle il est tenu envers ses père et mère se transmet et se maintient de la même manière que si elle résultait d'une filiation légitime, Paris, 28 mars 1840, S. V., 40, 2, 425; et Devilleneuve, *ibid.*, sur cet arrêt.]

[9] Pas même entre frère et sœur, [oncle et neveu, Demolombe, 4, 39.]

[10] Delvincourt, sur l'art. 206; Duranton, 2, n. 407. V. L. 5, § 7, Dig. *De agnosc. liberis*. D'après d'autres auteurs, la charge ne passe aux héritiers qu'autant qu'elle résulte d'un jugement ou d'un traité intervenu avant le décès de celui qui devait les aliments. V. en ce sens, Vazeille, 2, n. 525; Nancy, 15 nov. 1824. [Selon d'autres, il suffit pour que la charge des aliments passe aux héritiers que le besoin s'en soit fait sentir avant l'ouverture de la succession, Coffinières, *Encycl. du dr.*, v° *Aliments*, n. 33; Marcadé, sur l'art. 205; Devilleneuve, sur l'arrêt précité de Nancy, *Coll. nouv.*, 7, 2, 441. V. aussi Cass., 8 janv. 1806. — Enfin il est une troisième opinion qui nous semble la seule juridique, et d'après laquelle les aliments sont une dette essentiellement personnelle à celui qui les doit, essentiellement réciproque, et qui s'éteint toujours avec le débiteur, nonobstant tous jugements et traités qui n'ont pu opérer novation dans la nature de l'obligation et de la dette. C'est un point que M. Demolombe, 4, n. 40, a établi avec une supériorité de raisonnement à laquelle il n'y a rien à ajouter et rien à répondre.]

[11] Locré, sur l'art. 203; Rennes, 12 juin 1818; [Demolombe, 4, n. 48.]

[12] Ainsi un enfant qui s'est marié contre la volonté de ses père et mère peut cependant leur demander des aliments. Cass., 7 déc. 1808; Bruxelles, 19 janv. 1811; Caen, 15 avril 1828. Une mère ne perd pas son droit en se remariant, Colmar, 5 janv. 1810; Nancy, 15 nov. 1824. — L'obligation des aliments ne cesse pas davantage dans le cas où des parents ont donné à un enfant l'éducation que comportaient leurs ressources, et où cet enfant est tombé dans la misère par sa faute, [Rennes, 12 juin 1810; Colmar, 7 août 1813; Vazeille, 2, n. 514; Demolombe, 4, n. 48.]

[13] Paris, 18 août 1808; [Cass., 1er mars 1809; Duranton, 1, n. 255; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 275; Marcadé, sur l'art. 25.]

[14] Duranton, 2, n. 385; L. 5, § 11, Dig. *De agnosc. et alend. lib.*; [Toullier, 2, n. 614; Marcadé, sur l'art. 211. — *Contrà*, Demolombe, 4, n. 51, qui se fonde avec

La question de savoir si les personnes obligées aux aliments envers un même individu sont tenues solidairement, ou pour leur part et portion, ou seulement l'une après l'autre, doit être résolue, en l'absence de règles spéciales à cet égard dans le Code Napoléon, d'après l'analogie, par les règles relatives à l'ordre des successions, par les règles générales du droit et par celles de l'équité. C'est donc à l'époux d'abord qu'incombe l'obligation de nourrir son conjoint[15]. Cette obligation atteint ensuite les descendants avant les ascendants[16]; puis les uns et les autres avant les alliés[17]. Parmi les alliés, le devoir de fournir des aliments atteint le gendre et la bru avant le beau-père et la belle-mère[18]. Les descendants et, après eux, les ascendants, sont tenus dans l'ordre suivant lequel ils sont appelés à succéder comme héritiers[19]; et lorsque par suite de cet ordre successif plusieurs personnes, par exemple des enfants et des petits-enfants, sont tenus simultanément de fournir des aliments, ils ne les doivent que proportionnellement à leur part et portion dans l'hérédité[20]. Si l'un des débiteurs est

raison sur ce qu'aucune disposition légale n'accorde cette conséquence aux causes d'indignité de succéder prévues par l'art. 727.]

[15] [Sur les droits respectifs des époux à des aliments, V. le paragraphe suivant.]

[16] Proudhon, 1, n. 256; Duranton, 2, n. 395; [Demolombe, 4, n. 35; Marcadé, sur l'art. 205.] — *Contrà*, Vazeille, 2, n. 489 et s., qui pense que l'obligation pèse à la fois sur les ascendants et sur les descendants.

[17] Delvincourt, sur l'art. 206; Duranton, 2, n. 422; [Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*]

[18] [Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*]

[19] Delvincourt, *loc. cit.*; Duranton, 2, n. 387 et 393; Vazeille, 2, n. 489 et s. [*Ubi emolumentum successionis, ibi onus alimentorum* : voilà la règle. Ainsi lorsqu'un aïeul a des enfants et des petits-enfants issus d'un enfant décédé, l'obligation de fournir des aliments à l'aïeul est imposée aux petits-enfants aussi bien qu'aux enfants, Amiens, 11 déc. 1821; Duranton, 2, n. 394; Delvincourt, *loc. cit.*; Chardon, n. 379; Demolombe, 4, n. 36; Marcadé, sur l'art. 205. — *Contrà*, Toullier, 1, n. 613, qui se fonde sur l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle le fils était seul obligé. V. le *Nouveau Denizart*, v° *Aliments*, § 4, n. 2. — Ainsi encore les aliments dus au fils qui a encore son père, et, sa mère étant décédée, son aïeul et son aïeule maternels, ne sont pas à la charge du père seul, mais se partagent entre tous les ascendants, comme la succession du fils se partagerait entre eux, Demolombe, 4, n. 37; Marcadé, sur l'art. 307. — *Contrà*, Toullier, *loc. cit.*; Duranton, 2, 289; Vazeille, 2, n. 490.]

[20] On ne peut, en effet, ranger la dette d'aliments ni parmi les obligations solidaires, art. 1197, ni parmi les obligations indivisibles, art. 1217. Vazeille, 2, n. 493; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 2, 8; [Valette sur Proudhon, 2, p. 448; Marcadé, sur l'art. 307; Demolombe, 4, n. 63;] Metz, 5 juill. 1823; Lyon, 3 janv. 1832, S. V., 32, 2, 549; [Toulouse, 14 déc. 1833, S. V., 34, 2, 285; Pau, 30 mai 1837, S. V., 38, 2, 218; Limoges, 19 fév. 1846, S. V., 47, 2, 92.] Plusieurs auteurs considèrent l'obligation (et en cela ils se rapprochent de l'ancien droit, quoique celui-ci ait borné le principe à l'enfant) comme solidaire ou même comme indivisible. V. Proudhon, 1, 255; Toullier, 2, n. 613; Colmar, 24 juin 1812; et 24 fév. 1813; Grenoble, 19 avril 1831, S. V., 32, 2. 495; [Bordeaux, 24 juin 1846, S. V., 46, 2, 635.] — Duranton, 2, n. 424, présente un troisième système. Suivant lui, le père, par exemple, peut actionner un seul enfant pour le tout; mais l'enfant a le droit de mettre en cause les autres enfants, et la condamnation doit alors avoir lieu au prorata. En tout cas, l'enfant condamné pour le tout a son recours contre ses frères et sœurs, [Colmar, 24 juin 1812; Riom, 15 mars

sans ressources, les autres débiteurs ou les débiteurs subséquents sont tenus de pourvoir aux aliments [21]. Et il en est de même si l'un des débiteurs est d'une discussion trop difficile [22].

Les aliments ne sont dus qu'à ceux qui sont dans le besoin, art. 208, 209; ils ne sont pas dus à celui qui possède des biens d'un revenu suffisant [23], ou qui est en état de se nourrir par son travail [24]. Mais ce n'est pas au demandeur à prouver qu'il est dans le besoin; c'est au défendeur qui refuse des aliments à prouver qu'ils ne sont pas nécessaires [25].

La mesure d'après laquelle le juge doit déterminer la quotité de la pension alimentaire s'apprécie, d'une part, d'après les besoins de celui qui demande, et, de l'autre, d'après la fortune de celui qui les

1830.— Le système de l'indivisibilité, et par suite de la solidarité, se fonde sur ce prétendu principe qu'on ne peut faire vivre quelqu'un en partie, ce qui n'est au fond qu'un jeu de mots. Cela ne serait vrai dans une certaine mesure que si la dette alimentaire était absolue; mais loin de là, elle est limitée, comme nous le verrons tout à l'heure, par les possibilités du débiteur : d'où il suit que chacun de ceux qui doivent des aliments n'est tenu qu'à ce qu'il peut. Si donc chacun des débiteurs peut le tout, les tribunaux peuvent, sans doute, en l'absence de règles précises sur ce point, condamner chacun d'eux solidairement et pour le tout, selon la commodité du créancier, tout en faisant entre eux la répartition de la dette; mais aussi si les débiteurs ne peuvent que pour partie, ils ne peuvent être condamnés que pour partie, puisque ce serait excéder leurs facultés, art. 208, et tomber dans une contradiction manifeste, après avoir fait la part de chacun selon ce qu'il peut, que de soumettre chacun à une solidarité qui dépasserait la limite de ce qu'il peut. En définitive, les tribunaux ont sur ce point un pouvoir discrétionnaire selon l'appréciation qu'il leur appartient de faire des facultés de chacun, Cass., 3 août 1837; Marcadé, sur l'art. 207; Demolombe, 4, n. 63; Gilbert, *Code annoté*, sur l'art. 205, n. 18. V aussi Devilleneuve, *Coll. nouv.*, 4, 2, 262.]

[21] Ainsi l'action peut être dirigée par un enfant contre l'aïeul quand le père et la mère sont dans l'impossibilité de fournir les aliments, Lyon, 23 août 1831, S. V., 32, 2, 439; [Maleville, sur l'art. 205; Toullier, 2, n. 612; Vazeille, 2, n. 488; Duranton, 2, n. 387.] Ainsi encore la femme séparée de biens doit pourvoir seule à l'entretien des enfants si son mari n'a pas de fortune, Paris, 28 janv. et 13 juin 1836, S. V., 36, 2, 335.

[22] *Si difficiliùs conveniri potest*, Vazeille, 2, n. 493.

[23] L'enfant ne peut pas obliger son père qui lui demande des aliments, soit à consommer ses capitaux, soit à lui en faire l'abandon si les intérêts ne suffisent pas à ses besoins, Bordeaux, 16 fév. 1828; [Proudhon, 1, p. 257; Duranton, 2, 399; Vazeille, 2, n. 513.—*Contrà*, Toullier, 2, n. 613.—On ne peut établir sur ce point aucun principe absolu. Toutefois, en règle générale, celui qui a des biens improductifs fait acte de mauvaise administration en les conservant, et ne peut dès lors être considéré comme étant dans le besoin. Il en est de même de celui qui pourrait vivre en attaquant un capital dont les revenus sont insuffisants. Tout cela dépend de l'importance des capitaux et de la position des personnes. V. Demolombe, 4, n. 44.]

[24] Trèves, 13 août 1810; Paris, 13 avril 1833, S. V., 33, 1, 227. Mais il n'est pas indispensable que le demandeur soit infirme ou affaibli par l'âge, Colmar, 23 fév. 1813.

[25] *Negativa non est probanda*, Duranton, 2, n. 410; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 2; [Demolombe, 4, n. 47]; Colmar, 23 fév. 1813. — Il s'ensuit que celui qui, obligé aux aliments, les a fournis, ne peut les répéter sous prétexte que celui qui les a reçus n'en avait pas besoin. [Mais il ne faudrait pas conclure de là que celui qui demande des aliments n'ait aucune preuve à faire, et soit dispensé de fournir des renseignements sur sa position de fortune.]

doit [26]. Le chiffre de la pension alimentaire peut donc s'élever ou s'abaisser [27], selon que les besoins de l'une des parties et la fortune de l'autre augmentent ou diminuent dans la suite, sans que l'exception de la chose jugée puisse être opposée au demandeur [28], art. 208, 209.

Le devoir de fournir des aliments comprend la satisfaction de tous les besoins du requérant, en aliments, vêtements, logement, assistance, soins nécessaires et frais médicaux [29]. Mais ce devoir n'entraîne pas l'obligation de payer les dettes contractées par la personne à qui les aliments sont dus [30], à moins qu'elles n'aient pour cause des besoins alimentaires [31].

La pension alimentaire doit ordinairement être servie en ar-

[26] Le mot *besoins* ne doit pas être entendu d'une manière absolue, mais relativement à la personne qui les éprouve. Aussi faut-il prendre en considération l'âge et la position sociale. [Rennes, 12 juill. 1810; Marcadé, sur l'art. 208.—La règle d'après laquelle les aliments doivent être accordés, non-seulement dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, mais aussi de la fortune de celui qui les doit, prouve que lorsque ces aliments sont dus par plusieurs, la dette qui est susceptible de varier en quotité selon la fortune des codébiteurs n'est ni solidaire ni indivisible. V. *sup.*, note 20.]

[27] L'art. 209 parle bien de la décharge et de la réduction des aliments, mais il garde le silence sur leur augmentation; cependant la raison est la même, Vazeille, 2, n. 519. Le principe ci-dessus posé s'applique encore à la répartition qui a été faite entre plusieurs codébiteurs de la totalité d'une dette alimentaire. La part de chacun d'eux peut, suivant les circonstances, être diminuée ou augmentée, Colmar, 19 janv. 1824.

[28] Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 1; [Grenoble, 19 fév. 1808; Cass., 7 déc. 1808 et 23 juin 1841, S. V., 41, 1, 630.]

[29] L. 6, Dig., *De alim. et cib. leg.*; L. 43, 44, Dig., *De verb. sign.* [L'obligation ne peut aller plus loin; mais aussi elle ne peut aller jusque-là que si la fortune de celui qui doit les aliments le permet.]

[30] Il va sans dire que les personnes légalement obligées de fournir des aliments ne sont pas en général tenues de payer les dettes de celui auquel elles les doivent; [ni conséquemment de le tirer de prison lorsqu'il a subi la contrainte par corps pour des dettes qu'il a contractées, Demolombe, 4, n. 54.] Il n'est pas moins évident que celui qui, sur le mandat du père, a fourni des aliments, a contre le père une action pour se les faire rembourser. Mais peut-il, ayant le mandat du père, agir contre l'enfant qui a reçu les aliments? ou n'ayant pas le mandat du père, peut-il agir contre le père lui-même?... Ces différentes questions doivent se décider d'après les principes de la gestion d'affaires, [Lyon, 23 août 1831, S. V., 32, 2, 429; Douai, 22 août 1849, S. V., 50, 2, 586; Demolombe, 4, n. 74.— On a soutenu que cette action en répétition de la part du tiers qui a fourni les aliments, contre ceux qui les devaient, était éteinte par le décès de celui qui les a reçus; mais nous ne voyons rien dans cette circonstance qui soit de nature à modifier le droit du *negotiorum gestor*, Demolombe, 4. n. 75. — *Contrà*, Cass., 12 mai 1812 et 17 mai 1819; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 3, n. 5; Duranton, 2, n. 423; Vazeille, 2, n. 508.] Quant à l'action contre l'enfant, elle doit être soumise à la condition qu'il n'avait (*tempore alimentationis*) aucune fortune personnelle sur laquelle le tiers pouvait exercer ses droits, [et à cette autre condition que le tiers a, en temps utile, exercé contre le père toutes les actions qu'il était en droit d'exercer, Cass., 18 août 1813, 18 août 1835, S. V., 35, 1, 873; 19 juin 1843, S. V., 43, 1, 641; Duranton, 2, n. 391 et 423; Vazeille, 2, n. 507 et 511; Demolombe, 4, n. 76.—*Contrà*, Paris, 17 nov. 1838, S. V., 39, 2, 456; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 1, n. 6.] — Ce que nous venons de dire des enfants s'applique à toute personne à qui sont dus ou qui doit des aliments.

[31] [Proudhon, *De l'usuf.*, 1, n. 198; Vazeille, 2. n. 509; Demolombe, 4, n. 55.]

gent [32], et payée par termes mensuels, trimestriels ou semestriels [33]. Cependant lorsque le débiteur justifie d'un état de fortune qui ne lui permet pas de servir une pension en argent, le tribunal peut lui donner la faculté [34] de recevoir dans sa maison celui à qui les aliments sont dus, et d'y pourvoir à son entretien [35], art. 210. Et de même qu'il va sans dire que les parents, tant que dure la puissance paternelle, ne sont obligés de nourrir et entretenir l'enfant que dans leur maison [36], de même aussi les parents et les autres ascendants [37] ne sont ordinairement tenus que de nourrir et d'entretenir l'enfant dans leur maison, lors même que ce dernier n'est plus sous leur puissance [38]; et ils ne peuvent être obligés que

[32] Le débiteur peut, selon les circonstances, être contraint à fournir des sûretés pour le payement de la pension, Angers, 25 fév. 1829; [Cass., 30 janv. 1828. Mais nous croyons que ces sûretés ne peuvent avoir d'autre but que de garantir celui à qui les aliments sont dus contre les fraudes possibles ou la mauvaise foi de son débiteur, et qu'elles ne peuvent aller jusqu'à lui donner un droit opposable aux tiers et aux créanciers, puisqu'un pareil droit aurait pour résultat inévitable de faire que le créancier d'aliments les percevrait toujours nonobstant la mauvaise fortune de son débiteur, contrairement à l'art. 208 qui les subordonne aux facultés du débiteur, Demolombe, 4, n. 68 et s.]

[33] [Les aliments sont insaisissables, art. 1293; Pr., art. 581; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8, n. 5; Duranton, 2, n. 426 et s.; Valette sur Proudhon, 1, p. 450; Demolombe, 4, n. 78; et cette insaisissabilité s'applique non-seulement aux termes ou arrérages à échoir, mais aussi aux termes ou arrérages échus, Cass., 27 fév. 1824. Mais ils ne sont pas incessibles, alors surtout que la cession a pour objet l'acquit d'obligations contractées pour des besoins alimentaires, Cass., 31 mai 1826 et 1er avril 1844, S. V., 44, 1, 469; Troplong, *Vente*, n. 227; Demolombe, 4, n. 78. — *Contrà*, Duranton, 16, n. 165; Duvergier, *Vente*, 1, n. 214. — La défense faite par l'art. 1004 Pr., de compromettre sur les dons et legs d'aliments, ne s'applique pas aux aliments qui ne résultent ni de dons, ni de legs, Duranton, 2, n. 488; Carré et Chauveau, n. 3263; Thomines, *Proc.*, n. 1208; alors surtout que le compromis porterait non sur la dette d'aliments, mais sur les arrérages, Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8; Carré et Chauveau, n. 3264; Thomines, *loc. cit.* — On ne peut transiger sur une demande d'aliments, Delvincourt, 3, p. 477; Duranton, 18, n. 405. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 8, n. 2, et v° *Transaction*, § 2, n. 4; ni y renoncer, Bruxelles, 17 juin 1807; Rolland de Villargues, *des Enfants naturels*, n. 340; mais on peut transiger sur les arrérages échus, Duranton, 18, n. 403; Carré et Chauveau, n. 3264. Et en supposant que la transaction sur le fond même du droit fût valable en elle-même, elle ne serait pas opposable à celui qui a droit aux aliments, si la pension fixée par la transaction se trouvait insuffisante, eu égard aux besoins du créancier, Douai 1er fév. 1843, S. V., 43, 2, 188.]

[34] « Le tribunal pourra ordonner.... » porte l'art. 210. — Ainsi le tribunal peut, suivant les circonstances, repousser ou admettre la demande de celui à qui il doit des aliments, par exemple, selon qu'il y a ou qu'il n'y a pas lieu de craindre des dissentiments. [V. *inf.*, *note* 39.]

[35] La convention par laquelle un père, auquel des aliments sont dus par son fils, s'astreindrait à résider dans une maison déterminée et à y recevoir ses aliments, serait nulle, comme contraire aux bonnes mœurs, Bourges, 9 août 1832, S. V., 33, 2, 130. — [Un enfant ne peut non plus forcer ses père et mère, à qui il est obligé de donner des aliments, de venir les prendre chez lui, sous prétexte qu'il ne peut leur payer de pension, Besançon, 14 janvier 1808.]

[36] [V. le paragraphe qui précède.]

[37] L'art. 211 ne parle pas des autres ascendants, mais *par est ratio*, Vazeille, 2, n. 108. — [*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 211, qui se fonde avec raison sur ce que l'article ne place que les père et mère dans l exception. V. cependant Demolombe, 4, n. 60.]

[38] Nîmes, 20 août 1807. [Sans que

pour des raisons d'une gravité particulière[39] de payer à l'enfant une pension alimentaire et de lui donner les moyens de vivre loin de la maison paternelle, art. 211.

Lorsque la situation financière du créancier s'améliore ou que le débiteur tombe lui-même dans l'indigence, le droit d'exiger le payement de la pension alimentaire cesse[40]. Mais, de même que dans le premier cas une action en restitution des sommes payées pour aliments ne saurait être admise[41], de même, la réclamation d'une pension supplémentaire pour le passé ne saurait l'être non plus, lorsque la position de fortune de celui qui doit les aliments vient à s'améliorer[42], arg. art. 209.

CHAPITRE VI.

DES DROITS ET DES DEVOIRS RESPECTIFS DES ÉPOUX.

§ 132. *Des droits et des devoirs réciproques aux deux époux.*

Chaque époux doit considérer les intérêts de son conjoint

les père et mère soient tenus, comme le sont les autres débiteurs d'aliments, de prouver l'impossibilité de payer une pension alimentaire. Cette faculté pour les parents de substituer les aliments en nature dans la demeure paternelle aux aliments en argent existe alors même que déjà le père aurait consenti à payer une pension alimentaire, Bruxelles, 4 janv. 1809; et elle peut être invoquée aussi bien par le père naturel que par le père légitime, Bordeaux, 22 fév. 1841, S. V., 41, 2, 494. — Les père et mère qui sont hors d'état de fournir une pension alimentaire à leurs enfants peuvent même être contraints à les recevoir chez eux : leurs devoirs à cet égard ne peuvent être moindres que ceux des autres débiteurs d'aliments, Demolombe, 4, n. 61. — *Contrà*, Amiens, 13 janv. 1838, S. V., 38, 2, 291.]

[39] Par exemple, à cause de mauvais traitements exercés sur l'enfant, [ou bien encore lorsqu'il est reconnu que des inconvénients mutuels résulteraient de la vie commune, Bordeaux, 20 juin 1832, S. V, 32, 2, 468; Duranton, 2, n. 415; Chardon, 2, n. 232 et s.—Jugé cependant que lorsqu'un enfant en état de gagner sa vie quitte le domicile paternel, le père n'est pas tenu de lui fournir des aliments, alors même que l'enfant offrirait de prouver n'avoir quitté ce domicile que par suite de mauvais traitements, Nîmes, 12 fruct. an XII. — *Contrà*, Aix, 3 août 1807. — Les tribunaux doivent au surplus résoudre les difficultés de cette nature d'après les circonstances dont ils sont les appréciateurs souverains, Rennes, 12 juin 1810; Toullier, 2, n. 613.]

[40] Cette règle ne doit pas être étendue au cas où une rente viagère a été régulièrement constituée à titre d'aliments, Cass., 14 mai 1828.

[41] [Demolombe, 4, n. 73.]

[42] Pas plus qu'on ne pourrait répéter contre lui les arrérages que son état d'indigence l'a empêché de payer : [par application de la règle que les pensions alimentaires *n'arrèragent pas*, et qui est fondée sur cette présomption, que celui qui a laissé passer plusieurs termes de la pension sans se la faire payer est présumé n'en avoir pas eu besoin. Cependant ce n'est là qu'une présomption qui doit céder soit devant des présomptions, soit à plus forte raison devant des preuves contraires. Ainsi, si le créancier n'a pas touché les termes de sa pension parce que le débiteur était dans l'impossibilité de payer, on ne peut en conclure que le créancier a pu s'en passer. Il y a lieu de croire, au con-

comme ses intérêts propres. Chacun d'eux est donc fondé à réclamer de l'autre toute l'assistance personnelle dont il a besoin dans ses affaires, dans ses maladies, et dans toutes les circonstances de la vie, en tant du moins qu'ils se trouvent en état de se prêter cette assistance [1]. De là il suit aussi que chaque époux doit à l'autre les secours pécuniaires et matériels proportionnés à sa fortune [2], art. 212. V. aussi art. 214 et 268. De plus, chaque époux doit à l'autre la fidélité conjugale [3], art. 212. V. aussi art. 229 et 230 et les art. 337 et 339 Pén.

§ 133. *Des droits et des devoirs particuliers à chacun des époux*.

Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari [1], art. 213.—De là pour la femme l'obligation d'habiter avec le mari [2], et de le suivre partout [3] où il juge à propos de résider, art. 214 ; et dans le cas où elle s'y refuserait, et où des moyens de douceur seraient insuffisants ou inapplicables, le droit pour le

traire, qu'il s'est endetté pour vivre, et le débiteur revenu à meilleure fortune doit, à moins de circonstances particulières, lui payer les termes arriérés. V. Demolombe, 4, n. 71.]

1 [L'assistance est le secours moral, Demolombe, n. 85; Marcadé, sur l'art. 112.]

2 [Il s'agit ici de l'obligation alimentaire qui incombe à chacun des époux indépendamment de toute convention matrimoniale et par le fait seul du mariage, Demolombe, 4, n. 84; Marcadé, *loc. cit.* — Cette obligation survit à la séparation de biens, art. 1448; elle survit même à la séparation de corps, arg. art. 301, parce que les torts n'effacent pas les devoirs. V. *sup.*, § 131; Cass., 8 mai 1810, 28 juin 1815, 8 juill. 1850, S. V., 51, 1, 61; Toullier, 2, n. 780; Duranton, 2, n. 633; Vazeille, 2, n. 588; Demolombe, 4, n. 84 et s. Elle survit même au profit de l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée pour cause d'adultère, Lyon, 16 mars et 16 juill. 1835, S. V., 36, 2, 239; Toullier, 2, n. 780. — Mais ces aliments cessent d'être dus en cas de séparation de corps, lorsque le dénûment de l'époux qui les réclame a pour cause son inconduite, et que d'ailleurs son âge et sa santé lui permettent de travailler pour subvenir à ses besoins. Cass., 8 juill. 1850, S. V., 51, 1, 61; Demolombe, 4, n. 87.— Ajoutons que l'obligation des époux de se fournir des aliments est une obligation de droit naturel dont l'exécution peut être réclamée entre étrangers devant les tribunaux francais, si l'époux défendeur est domicilié en France, Paris, 19 déc. 1833, S. V., 34, 2, 384, V. *sup.*, § 62 ; — et que si l'époux auquel ils sont dus est en état d'aliénation mentale, ils peuvent être réclamés par un tiers dans son intérêt, par exemple par son frère, Caen, 1er déc. 1849, S. V., 52, 2, 303.]

3 [Cependant, comme nous le verrons *inf.*, tit. du *Divorce*, l'adultère du mari n'est pas mis sur la même ligne que l'adultère de la femme.]

1 [Le mari est le représentant de l'association conjugale. C'est en lui qu'elle se personnifie; c'est pour cela que la femme suit la condition de son mari, sa nationalité, art. 12 et 19, V. *sup.*, § 69, partage sa position sociale, et porte son nom]

2 [D'où il suit, non-seulement que de droit elle a le même domicile que son mari, art. 108, V. *sup.*, § 89 ; mais encore que de fait elle doit avoir la même résidence.]

3 Même en pays étranger, surtout si le séjour en pays étranger est licite ou même honorifique. V. la discussion et Locré et Delvincourt, sur l'art. 214; Proudhon, 1, p. 260 ; [Duranton, 2, n. 435 ; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, 1, n. 55; Demolombe, 4, n. 90 et s.; Marcadé, sur l'art. 214.]

mari de recourir à la contrainte personnelle [4]. Cependant le juge peut, pour des raisons graves, comme, par exemple, lorsque le mari n'a pas de résidence fixe [5], ou qu'il ne peut pas offrir à sa femme de logement convenable [6] et compatible avec son état de santé [7], la délier de cette obligation. Si le mari dont la femme s'est éloignée du domicile conjugal exige qu'elle y revienne, il doit lui fournir les moyens pécuniaires dont elle a besoin, soit pour quitter d'une manière convenable la demeure qu'elle a occupée jusque-là, soit pour subvenir aux frais du déplacement [8].

De son côté le mari est obligé de recevoir la femme dans sa demeure, de l'y traiter comme maîtresse de la maison [9], et d'y

[4] La question de savoir si l'on peut employer la contrainte personnelle pour contraindre la femme à réintégrer le domicile conjugal est controversée. [Pour l'affirmative, V. Paris, 29 mai 1808; Colmar, 4 janv. 1817; Cass., 9 août 1826; Aix, 29 mars 1831, S. V., 33, 2, 92; Dijon, 25 juillet 1840, S. V., 40, 2, 291; Aix, 25 mars 1840, S. V., 40, 2, 474; Toullier, 13, n. 109; Vazeille, 2, n. 548; Coin Delisle, sur l'art. 2063, n. 4; Odilon Barrot, *Encycl. du droit*, v° *Abandon d'époux*, n. 5; Marcadé, sur l'art. 214; Demolombe, 4, n. 107. — Pour la négative, V. Bourges, 14 juill. 1811; Toulouse, 24 août 1818; Colmar, 10 juill. 1833; Delvincourt, sur l'art. 214; Duranton, 2, n. 440.] Le système de la contrainte personnelle prévaut, et c'est avec raison, car il ne s'agit point d'exiger le payement d'une dette au moyen de la contrainte par corps, mais de l'exécution d'un droit dont l'objet est la personne de la femme. *Ubi rem meam invenio, ibi rem meam vindico.* Toutefois, la contrainte personnelle ne doit être autorisée qu'autant que le mari a d'abord épuisé tous les autres moyens de contrainte, tels que la saisie des biens et des revenus personnels de sa femme. [Dans le sens de l'admissibilité de la saisie comme moyen de contrainte, *adde* aux autorités précitées, qui l'admettent généralement, préalablement à la contrainte personnelle, Paris, 22 prair. an XIII; Nîmes, 11 juin 1806; Bourges, 17 mai 1808; Paris, 14 mars 1834, S. V., 34, 2, 159; Roger, *De la saisie-arrêt*, n. 202 *bis*; Favard, v° *Femme*, n. 4; Vazeille, 2, n. 291; Demolombe, 4, n. 105; Marcadé, sur l'art. 214. — *Contrà*, Duranton, 2, n. 439. — Sur la procédure à suivre pour arriver à la contrainte personnelle, V. Odilon Barrot, *ubi sup.*, art. 3, n. 14; Debelleyme, *Ord. sur req. et sur réf.*, 1, p. 32 et s.; Demolombe, 4, n. 108 et s.]

[5] [*Mulier sequi debet maritum nisi vagabundus sit*: c'est la résidence que la loi impose à la femme, et non des voyages continuels, Demolombe, 4, n. 95; Marcadé, sur l'art. 214.]

[6] [C'est-à-dire en rapport avec son état et pourvu des objets nécessaires à l'habitation et à la vie, Bruxelles, 11 mars 1807; Paris, 3 oct. 1810; Rouen, 21 nov. 1812; Paris, 19 avril 1817; Cass., 9 janv. 1826; Merlin, *Rép.*, v° *Mari*; Chardon, *Puiss. marit.*, 1, n. 24; Vazeille, 1, n. 296 et s.; Demolombe, 4, n. 95. Toutefois le dénûment du mari ne serait pas toujours un motif suffisant pour la femme de se dispenser de résider au domicile conjugal. V. en sens divers, Turin, 28 mai 1806; Bruxelles, 13 août 1806; Bourges, 17 mai 1808; Colmar, 14 janv. 1812. — Mais quelles que fussent d'ailleurs les commodités de l'habitation que le mari offrirait à sa femme, s'il exerçait une profession honteuse, s'il entretenait une concubine dans la maison commune, la femme ne pourrait être contrainte à la résidence, Duranton, 2, n. 437; Demolombe, *loc. cit.*]

[7] [Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, 1, n. 55; Demolombe, 4, n. 93; Marcadé, sur l'art. 214]

[8] Par exemple, pour payer les dettes que, sous l'empire de la nécessité, elle a contractées au dernier lieu de sa résidence. — [Sans toutefois que la femme puisse se faire du non-payement de ces dettes un moyen absolu de résistance. Tout ce qu'elle est en droit de demander, c'est que le mari qui exige son retour lui donne les moyens de retourner.]

[9] [Ainsi le mari ne pourrait confiner sa femme dans une partie de l'apparte-

pourvoir à son entretien selon ses facultés et son état [10], art. 214. Si le mari refuse de recevoir sa femme à son domicile, il n'y a pas de moyen direct de l'y contraindre ; mais il peut être condamné à lui servir une pension proportionnée à ses moyens de fortune [11].

De ce que la femme doit obéissance à son mari, il résulte qu'elle a besoin de son consentement pour les actes juridiques auxquels elle est partie. V. le paragraphe suivant.

§ 134. *Suite.—De l'autorisation maritale.*

La femme mariée [1] ne peut faire d'actes juridiques, ester en justice ou contracter, sans l'autorisation ou le consentement de son mari [2], art. 215-226, 934, 1426 et 1538. Cette autorisation n'est pas une simple formalité [3] : elle oblige le mari qui l'a don-

ment qu'il occupe, en refusant de l'admettre à sa table et à la vie commune, Cass., 20 janv. 1830.]

[10] L'obligation imposée au mari d'assurer à sa femme un entretien conforme à sa condition continue d'exister même lorsque la femme a quitté le domicile conjugal, si elle y a été contrainte par des mauvais traitements, Montpellier, 23 déc. 1830. [Mais, sauf ce cas exceptionnel et les cas analogues, où la femme aurait un motif légitime pour se refuser à résider au domicile conjugal, le mari n'est pas tenu de lui fournir des aliments, Colmar, 10 juill. 1833, S. V., 34. 2, 127 ; à moins, bien entendu, que le mari n'eût autorisé sa femme à avoir une habitation séparée. Dans ce cas, si la femme n'avait aucuns revenus personnels, le mari serait évidemment obligé de payer les dépenses qu'il l'aurait implicitement autorisée à faire, Cass., 28 déc. 1830 ; Bordeaux, 8 juin 1839, S. V., 39, 2, 416 ; Cass., 13 févr. 1844, S. V., 44, 1, 662 ; Demolombe, 4, n. 94.— Du reste le droit des époux de refuser des aliments à celui qui refuse de reprendre la vie commune est réciproque et appartient à la femme comme au mari, Grenoble, 11 mars 1851, S.V., 51, 2, 627.—Sur la pension alimentaire due par un militaire à sa femme, V. l'avis du Cons. d'Et. du 30 janv. 1809.]

[11] [Il peut aussi être condamné en des dommages-intérêts, Lyon, 30 nov. 1811 ; Demolombe, 4, n. 110. — Il serait difficile, quoique non impossible, d'autoriser la femme à se faire ouvrir avec l'assistance de la force publique les portes du domicile conjugal. V. Toullier, 13, n. 110, et Demolombe, 4, n. 110.]

[1] Si le mari est Français, art. 3, § 3. [En d'autres termes, les règles qui suivent, sur la nécessité de l'autorisation, constituent un statut personnel qui, dès lors, ne régit pas la femme étrangère, Bruxelles, 23 fév. 1808 ; 25 août 1810 et 29 août 1815 ; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. 10, n. 3 ; Massé, 2, n. 63 ; Fœlix, n. 65 ; Demolombe, 4, n. 135. Néanmoins, si cette autorisation lui était nécessaire dans son propre pays, elle en aurait aussi besoin en France, Bastia, 16 fév. 1844, S. V., 44. 2, 633. — Par contre, la nécessité de l'autorisation suit la femme française en pays étranger, Massé, *loc. cit.*]

[2] [On suppose ici que la femme agit en son nom personnel.] Il n'est donc pas question du cas où le mari est autorisé à agir, soit en demandant, soit en défendant, comme représentant des droits de la femme, V. Pigeau, 1, p. 81 ; 2, p. 202 ; ni du cas où la femme agit au nom de son mari, V. art. 220, § 2 ; auquel cas, comme tout autre mandataire, elle oblige son mari, mais ne s'oblige pas elle-même, [V. *inf.*, dans ce paragraphe, note 51] ; ni du cas où la femme agit comme mandataire d'un tiers. V. art. 1990 ; Proudhon, 1, 266 ; Vazeille, 2, 327 ; [Troplong, *Du mandat*, n. 329 et s. — V. au surplus, sur la validité et les conséquences du mandat donné à la femme, *inf.*, le titre du *Mandat*.]

[3] D'après le droit coutumier, l'autorisation du mari intervenait *ad formam negotii* ; elle se réglait, par analogie,

née. Aussi n'est-ce pas l'intérêt de la femme et la faveur due à la faiblesse de son sexe qui a rendu cette autorisation nécessaire : car, s'il en eût été ainsi, les femmes non mariées auraient dû également être placées sous une sorte de curatelle. Le législateur s'est préoccupé de l'intérêt du mari ; et cependant, en considération de la connexité intime des intérêts des deux époux, et pour garantir plus complétement l'intérêt du mari, la loi permet à la femme elle-même de se prévaloir du défaut d'autorisation [4].

La femme, même marchande publique (V. *inf.* dans ce paragraphe), a besoin, pendant toute la durée du mariage [5], de l'autorisation du mari pour ester en justice [6], soit en demandant, soit en défendant [7], quelle que soit la partie adverse [8], soit que le litige ait

d'après les dispositions du droit romain relatives à la tutelle. Suivant le droit actuel, c'est un simple consentement. Cela résulte de ce que le Code civil n'exige nulle part l'autorisation du mari *ad formam negotii*, et parle indistinctement de l'*autorisation* du mari et du *consentement* du mari. C'est à tort que plusieurs auteurs veulent faire passer dans le Code civil les principes des anciennes Coutumes. La jurisprudence elle-même est tombée dans cette erreur. V. *inf.*, note 45, ce que nous disons de la ratification du mari. C'est, au contraire, avec raison que, dans les motifs d'un arrêt de la Cour de cass. du 14 nov. 1820, l'autorisation est assimilée au consentement. V., pour l'ancien droit, Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation maritale*. [Il est toutefois à observer qu'un certain nombre de Coutumes ne se servaient pas des mots *autorité* ou *autorisation*, mais du mot *consentement* ou d'un équivalent, et que d'autres associaient, comme le Code Napoléon, les mots *autorisation* et *consentement*. V. Merlin, *ibid.*, sect. 1.]

[4] Pothier, n. 3. La règle : *Nemo in suam rem auctor fieri potest*, n'est pas applicable en matière d'autorisation maritale. V. *inf.*, dans ce paragraphe. — [Il y a plusieurs systèmes sur le fondement de l'autorisation maritale : — l'intérêt du mari ; — l'intérêt du mari et celui du ménage ; — l'intérêt du mari et la faiblesse de la femme. V. Merlin, *loc. cit.*; Demolombe, 4, n. 113 et s.; Marcadé, sur l'art. 224. Le fondement de cette autorisation n'est dans aucun de ces systèmes en particulier : il est dans tous. La loi n'a pas voulu que l'intérêt du mari et celui du ménage, qui est ou peut être en même temps l'intérêt de la femme, fussent compromis par la faiblesse de la femme ; et elle lui a donné un mentor qui la soutient, la dirige et l'habilite. La faiblesse des femmes non mariées, filles ou veuves, est sans doute la même que celle des femmes mariées ; mais elle ne compromet qu'elles, et c'est pour cela que dans les cas les plus ordinaires (V. cep. Com., art. 113) la loi ne s'en est pas occupée.]

[5] Même après la séparation de corps, Cass., 6 mars 1827; [13 nov. 1844, S. V., 45, 1, 45 ; Duranton, 2, n. 623 et s.; Vazeille, 2, n. 587 ; Massol, *Sép. de corps*, p. 230 ; Demolombe, 4, n. 119. V. *inf.*, dans ce paragraphe, et note 30.]

[6] Et par conséquent pour paraître au bureau de conciliation, en observant toutefois que la femme autorisée à ester en jugement dans une affaire déterminée est autorisée, par cela même, pour le préliminaire de conciliation, Duranton, 2, n. 452 ; Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation* ; [Demolombe, 4, n. 129;] Cass., 3 mai 1808 ; de même pour produire à un ordre, 21 avril 1828 ; [Toulouse, 19 mars 1833, S. V., 33, 2, 346 ; Demolombe, 4, n. 124; et pour se désister d'un contredit formé dans une instance d'ordre, Grenoble, 19 mars 1848, S. V., 48, 2, 749. — La femme a besoin d'autorisation, même pour intenter une action possessoire, Demolombe, 4, n. 128.] — Celui qui actionne une femme mariée doit comprendre le mari dans son action, afin qu'il ait à autoriser sa femme, Favard, v° *Autorisation de femme mariée*, § 6.

[7] [Elle n'aurait pas besoin d'autorisation si elle ne figurait pas comme partie dans l'instance, mais comme témoin, Demolombe, 4, n. 136 ; Marcadé, sur l'art. 215.]

[8] Par conséquent, même dans le cas où elle plaide contre son mari, [Cass.,

commencé avant [9] ou pendant le mariage, et enfin sous quelque régime que les époux se soient mariés, même sous le régime de la séparation de biens [10], art. 215.

Cette règle souffre plusieurs exceptions [11] :

1° L'autorisation n'est pas nécessaire à la femme lorsqu'elle est poursuivie [12] au criminel à raison d'un délit [13], art. 216, à la différence du cas où elle serait actionnée en dommages et intérêts à raison d'un délit, même au criminel [14].

2° La femme peut, sans autorisation préalable, former l'action en divorce pour cause déterminée. La permission de citer le mari, donnée par le tribunal à la femme, art. 240, 241, lui tient lieu d'autorisation [15].

24 fév. 1841, S. V., 41, 1, 315; Demolombe, 4, n. 138.] Cependant si le mari est demandeur, l'autorisation résulte de la demande même qu'il forme contre sa femme (*est auctoritas tacitè interposita*), Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. 7, § 16; Nancy, 14 avril 1811; Colmar, 14 janv. 1812 ; [Cass., 22 avril 1828 ; 3 juin 1835, S. V., 35. 1, 880; Grenoble, 21 fév. 1832, S. V., 32. 2, 28; Duranton, 2, n 467.]

[9] Toullier, 2, n. 620 ; Duranton, 2, n. 457 ; Vazeille, 2, n. 302 ; Cass., 7 août 1815. [Toutefois, si le mariage de la femme n'a pas été notifié la procédure continue valablement avec elle, et la partie adverse n'est pas tenue de la faire autoriser, Cass., 10 déc. 1812; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. 3, § 4 ; Favard, v° *Tierce opp.*, § 2, n. 2; Duranton, 2, n. 457; Thomines Desmazures, 1, n. 395; Carré, n. 1283 — Il est à remarquer au surplus que le simple changement d'état de la femme résultant de son mariage ne rend pas nécessaire une reprise d'instance : il suffit que la femme soit pourvue de l'autorisation devenue nécessaire. Orléans, 9 janv. 1849, S. V., 49, 2, 628; Pigeau, *Com.*, 1, p. 611; Thomines, *loc. cit.*; Chauveau et Carré, *loc. cit.* — *Contrà*, Demiau, p. 256 et s.]

[10] [V. *inf.*, dans ce paragraphe, ce qui touche le pouvoir d'administration de la femme séparée de biens.]

[11] Aucune exception ne doit être admise, sauf celles qui sont formellement exprimées dans la loi. Ainsi, par exemple, la femme a besoin d'autorisation, même pour poursuivre l'interdiction de son mari, Toulouse, 8 févr. 1823 ; [Delvincourt, 1, p. 130; Merlin, *Rép.*, v° *Aut. marit.*, sect. 8, § 16; Demolombe, 4, n. 126] ; ou pour défendre à la demande en interdiction qui serait formée contre elle, Cass., 9 janv. 1822, [ou à une demande en dation de conseil judiciaire, Cass., 9 mai 1829], à moins cependant que la demande ne fût formée par le mari. [V. la note 8.]

[12] [Mais l'autorisation est nécessaire à la femme demanderesse, plaignante ou partie civile, Cass., 30 (1er juin) 1808 ; Mangin, *Act. publ.*, n. 125 ; Le Sellyer, *Dr. crim.*, 2, n. 549 ; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. 7, n. 18 ; Massabiau, *Man. du proc. du roi*, 2, p. 198; Duverger, *Man. du juge d'instr.*, 1, p. 486 ; Chardon, n. 101.]

[13] Ce qui embrasse non-seulement les délits proprement dits, mais les crimes, les délits et les contraventions. V. Pén., art. 1; Locré, sur l'art. 216; Cass., 24 fév. 1809 [et 20 janv. 1825.]

[14] [Cette opinion ne doit pas être suivie, et d'après une pratique généralement admise et fondée sur la généralité des termes de l'art. 216, la femme n'a pas besoin d'être autorisée pour défendre à une action en dommages-intérêts formée contre elle devant la justice criminelle, soit directement par la partie lésée, soit accessoirement à l'action du ministère public, Cass., 31 mai 1816 ; Henrion de Pansey, *Comp. des juges de paix*, p. 144; Demolombe, 4, n. 143. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 216, mais pour le cas seulement où la partie civile agit directement.] — Il n'est pas douteux que la femme doive être autorisée si elle est actionnée en dommages-intérêts, à raison d'un délit, devant les tribunaux civils, [Merlin, *Rép.*, v° *Aut. marit.*, sect. 7, n. 18 ; Demolombe, 4, n. 142.] Sur les conséquences, à l'égard du mari, de l'autorisation qu'il aurait donnée à sa femme, dans les cas où l'art. 216 la dispense de l'obtenir, V. Merlin. *Rép*, v° *Autor. mar.*, sect. 7 *bis*.

[15] Merlin, *Rép.*, v° *Divorce;* Cass.,

3° De même la femme peut, sans l'autorisation du mari, former une demande en séparation de corps. L'autorisation, dans ce cas, est donnée à la femme par le président du tribunal[16], Pr., art. 875, 878,

4° La femme n'est pas non plus tenue de se pourvoir de l'autorisation de son mari pour former une demande en séparation de biens. Elle doit seulement présenter, au préalable, une requête au président du tribunal, pour se faire autoriser[17], Pr., art. 865.

Dans les trois derniers cas qui précèdent, le mari n'a même pas capacité pour autoriser sa femme.

La femme a besoin de l'autorisation de son mari pour tous les actes juridiques de la vie civile, pour ceux par lesquels elle contracte une obligation[18], aussi bien que pour ceux par lesquels elle fait une acquisition, fût-ce à titre gratuit[19]. Elle a donc besoin d'autorisation pour aliéner, par exemple, ses biens mobiliers et immobiliers, pour faire une renonciation, pour grever ses immeubles de servitudes ou d'hypothèques, pour faire des payements ou en recevoir, pour accepter des donations ou des legs[20], art. 217, 221, 224. V. aussi art. 776, 934.

Cette règle comporte les exceptions suivantes :

1° Les obligations qui naissent immédiatement de la loi lient la femme mariée, indépendamment de toute autorisation : telles sont les obligations qui naissent d'un délit ou d'un quasi-délit[21], d'un quasi-contrat[22], ou de la *versio in*

25 germ. an XIII. Dans cette permission est comprise l'autorisation de former les demandes dont parlent les art. 267 et s.

[16] Duranton, 2, n. 585. — Mais la femme a besoin d'autorisation pour demander la nullité de son mariage. Le mariage n'étant pas nul de plein droit, la femme est provisoirement considérée comme mariée, [Cass., 21 juin 1845, S. V., 45. 1, 336 ; 10 fév. 1851, S. V., 51, 1, 202 ; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 2 ; Demolombe, 4, n. 127. — *Contrà*, Cass., 30 août 1824.]

[17] [V. sur cette autorisation et ses effets, Gilbert, *C. de procéd. annoté*, sur l'art. 865, n. 1 et s. Le jugement qui intervient ensuite et qui prononce la séparation de biens entre les époux, confère à la femme l'autorisation de faire toutes poursuites vis-à-vis de son mari pour le payement de ses reprises, et notamment de surenchérir un immeuble vendu par lui, même sur la poursuite d'un tiers, Bourges, 25 fév. 1840, S. V., 43, 1, 465 ; Cass., 29 mars 1853, S. V., 53, 1, 442.]

[18] L'art. 217 dit seulement que la femme ne peut *aliéner*. Mais dans les art. 221 et 224 ce mot est remplacé par l'expression plus générale *contracter*. V. Paris, 2 mai 1808 ; [Marcadé, sur l'art. 217.]

[19] *Ne uxor faciat quæstum turpem.* — La femme non autorisée, qui ne peut acquérir à titre onéreux, ne peut faire une surenchère dans le cas de l'art. 2185, Cass., 14 juin 1824 ; [Toullier, 13, n. 107 ; Duranton, 20, n. 403 ; Troplong, *Priv. et Hyp.*, n. 954.]

[20] V. obs. du Trib. sur l'art. 217.

[21] Delvincourt, 1, p. 162 ; Duranton, 2, n. 493 ; [Toullier, 2, n. 627 ; Demolombe, 4, n. 174 et s. ; Marcadé, sur l'art. 217.]

[22] [Tant activement, c'est-à-dire par son fait, que passivement, c'est-à-dire par le fait d'un tiers. Ainsi la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour être obligée par les consé-

rem, c'est-à-dire d'une affaire qui a tourné à son profit[23].

2° La femme mariée marchande publique[24], c'est-à-dire qui fait des opérations de commerce en son propre nom, et non simplement comme auxiliaire de son mari[25], peut, pour ses affaires commerciales[26], s'obliger sans autorisation, et même aliéner, en-

quences d'une tutelle qui est une charge publique, Demolombe, 4, n. 176. — *Contrà*, Duranton, 2, n. 500. — Ainsi elle est soumise envers le tiers qui a utilement géré ses affaires, à toutes les obligations qui résultent du quasi-contrat de gestion d'affaires, et non pas seulement jusqu'à concurrence du profit qu'elle a tiré de cette gestion. L'obligation résulte du fait même de la gestion utile, et non des résultats définitifs de cette gestion, lesquels sont indépendants de son utilité première, Demolombe, 4, n. 177. — *Contrà*, Delvincourt, 1, p. 75; Duranton, 2, n. 497. — Toutefois, quand le fait de la femme est purement volontaire, et que d'ailleurs il n'a pas le caractère d'un délit ou d'un quasi-délit, elle ne peut être obligée par ce fait, si elle n'a pas été préalablement autorisée par son mari. C'est ce qui arrive quand, sans autorisation, elle gère l'affaire d'autrui, Demolombe, 4, n. 179.]

[23] [Ainsi. la femme à laquelle ont été faites des fournitures pour ses besoins, et dont elle a profité, est tenue au payement de ces fournitures, Paris, 1er mars 1823; Cass., 14 fév. 1826. — Ainsi celui qui a prêté à la femme non autorisée une somme qui a tourné au profit de la femme, est fondé à en réclamer le remboursement jusqu'à concurrence de ce dont la femme, ou, ce qui revient au même, la communauté en a profité, Toullier, 2, n. 628. — Ainsi le payement de l'indu fait à une femme non autorisée, et par conséquent incapable pour recevoir, l'oblige à restitution jusqu'à concurrence de ce dont le payement lui a profité, art. 1241, 1312; Demolombe, 4, n. 182; Duranton, 2, 499. — Mais si, dans un cas où elle était exceptionnellement capable de recevoir sans autorisation, elle a indûment reçu une somme qui ne lui était pas due, elle est par cela même obligée à restitution, puisque n'ayant pas eu besoin d'autorisation, elle se trouve dans la même situation que si, en ayant eu besoin, elle avait été autorisée, art. 1376, 1377. — *Contrà*, Demolombe, 4, n. 182.]

[24] La femme est marchande publique, quand elle s'occupe habituellement de commerce, [c'est-à-dire quand elle se livre à une suite d'actes qui impliquent l'habitude et la profession, Massé, 3, n. 168.] Il n'est pas nécessaire qu'elle tienne boutique ouverte. [Marcadé, sur l'art. 220; — ni qu'elle fasse un commerce déterminé, Cass., 27 avril 1841, S. V., 41, 1, 385; Massé, *loc. cit.*] L'art. 220 doit être éclairé par l'art. 1er du Code de commerce.

[25] [Cass., 23 nov. 1812, 1er mai 1820, 27 mars 1832, S. V., 32, 1, 365; Pardessus, n. 65; Massé, *loc. cit.*, et n. 187. V. Bruxelles, 23 mars 1811, et Paris, 21 nov. 1812.]

[26] [L'art. 220 dit: « pour ce qui concerne son négoce... »—L'art. 7 Com., qui développe l'art. 220 et qui permet à la femme marchande d'aliéner, engager et hypothéquer ses immeubles, ne reproduit pas cette condition, d'où l'on a conclu que la femme marchande pouvait aliéner ses immeubles, même pour une cause non commerciale, Cass., 8 sept. 1814; Devilleneuve, sur cet arrêt, *Coll. nouv.*, 4. 1, 610. Mais c'est une erreur. Il résulte en effet, de la discussion de l'art. 7 Com., au Conseil d'Etat, qu'il fut positivement expliqué que l'étendue du droit de la femme serait déterminée par les règles du Code civil, Locré, sur cet article; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, 1, n. 605. — On a invoqué à tort, dans le sens du pouvoir illimité de la femme, Pardessus, n. 66, qui ne s'explique pas sur la question, et E. Vincens, *Législ. com.*, 1, p. 229, qui dit au contraire que la femme ne peut vendre, acheter, s'obliger que pour son commerce seulement.] — Quels actes sont relatifs à son commerce? V. Toullier, 12, n. 248; [Massé, 3, n. 175; Demolombe, 4, n. 295; Vazeille, 2, n. 233.—La femme marchande publique peut contracter une société commerciale, Massé, 3, n. 95 et 175.—*Contrà*, Pardessus, n. 66; Malepeyre et Jourdain, *Soc. comm.* p. 13; Molinier, *Dr. comm.*, 1, n. 176; Demolombe, 4, n. 297. — Elle peut également souscrire un cautionnement commercial, Massé, 6, n. 348. — *Contrà*, Demolombe, 4, n. 298; Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*—Vazeille, 2, n. 332; Duranton, 2, n. 479 n'admettent la validité du cautionnement que si la femme est

gager et hypothéquer [27] ses immeubles, à l'exception toutefois de ses biens dotaux. En s'obligeant, elle oblige même son mari [28], lorsqu'il y a communauté de biens entre eux [29]. Mais une femme mariée ne peut faire le commerce qu'à la condition d'y avoir été autorisée par son mari [30], art. 220; Com., art. 1, 4, 5, 7.

associée d'intérêt avec celui qu'elle cautionne. Cette formule n'est pas exacte; il suffit, pour que le cautionnement donné par la femme soit valable, qu'il soit relatif à son commerce : c'est là une question de fait.]

[27] Est-ce à la femme qui demande la nullité de l'aliénation ou de l'hypothèque à prouver que l'obligation à laquelle elle se rapporte n'est pas commerciale? Est-ce à celui envers lequel elle s'est obligée à prouver le contraire? C'est à la femme, selon Delvincourt, 1, p. 167, qui soutient, par arg. des art. 7 et 638 Com., que dans le cas d'aliénation d'un immeuble par une femme commerçante, l'aliénation est valable, bien qu'il ne résulte pas de l'acte que cette aliénation a eu lieu pour affaire commerciale. Mais cette opinion se concilie difficilement avec l'art. 220 et avec l'art. 5 Com. [Pour résoudre cette question, il faut d'abord observer que si l'acte indique une cause commerciale, non-seulement celui envers qui la femme s'est obligée n'a rien à prouver, mais que de plus la femme elle-même ne serait pas reçue à prouver que cette cause est fausse. Ceux qui ont acheté de la femme ou qui lui ont prêté pour une cause déclarée commerciale n'ont aucun moyen de suivre ou de vérifier l'emploi de leurs fonds, Demolombe, 4, n. 300. — Si la cause n'est pas exprimée, il faut distinguer entre les actes qui ont une forme essentiellement commerciale ou qui, par eux-mêmes, constituent un acte de commerce, et ceux qui ont une forme civile. Les premiers emportent présomption de commercialité, et c'est dès lors à la femme à prouver contre cette présomption; les seconds emportent présomption de non-commercialité, et c'est dès lors à ceux qui ont contracté avec la femme à prouver que l'acte est commercial, Massé, 3, n. 93 et 175; Pardessus, n. 62; Locré, sur l'art. 2 Com.; Demolombe, 4, n. 300 et s.—Il faut même observer à cet égard que les simples billets souscrits par la femme ne sont pas par eux-mêmes réputés commerciaux : la présomption de commercialité établie pour ces actes par l'art. 632 Com. n'est relative qu'aux actes émanés de ceux qui sont également capables pour les actes commerciaux et pour les actes civils, Massé et Demolombe, *loc. cit.* — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 220.]

[28] Mais non par corps, Maleville, sur l'art. 220; Toullier, 12, n. 245; Duranton, 2, n. 482; [Vazeille, 2, n. 358; Nouguier, *Trib. de com.*, 3, n. 200; Marcadé, sur l'art. 220; Demolombe, 4, n. 313; Massé, 3, n. 186; Lyon, 26 juin 1822; Paris, 7 août 1832, S. V., 33, 2, 52.— *Contrà*, Despréaux, *Comp. des trib. de com.*, n. 549.]

[29] Ainsi le mari n'est pas tenu, s'il n'y a pas communauté de biens. V. cependant Toullier, 12, n. 253; Duranton, 2, n. 480; Delvincourt, 1, p. 167. [Sous le régime de la séparation de biens et sous le régime dotal le mari n'est jamais tenu des dettes; mais sous le régime simplement exclusif de la communauté, le mari qui perçoit les bénéfices et les produits du commerce de la femme peut être contraint de payer avec ces valeurs les dettes que la femme a contractées dans son commerce, Massé, 3, n. 185; Demolombe, 4, n. 314 et s.]

[30] Cette autorisation peut être tacite; *factis*. Toullier, 12, n. 241; [Pardessus, n. 63; Vincens, 1, p. 228; Duranton, 2, n. 475; Marcadé, sur l'art. 210; Demolombe, 4, n. 198; Massé, 3, n. 164]; Cass., 14 nov. 1820, 1er mars 1826, 27 mars 1832, S. V., 32, 1, 365; Paris, 5 mars 1835, S. V., 35, 2, 137; [Cass., 27 avril 1841, S. V., 41, 1, 385.]—*Quid*, si la femme ou le mari sont mineurs? [Si la femme est mineure, il faut qu'elle soit autorisée non-seulement par son mari, mais encore, conformément à l'art. 2 Com., par ses parents ou le conseil de famille qui seuls peuvent l'habiliter pour les actes qui excèdent la capacité du mineur émancipé assisté de son curateur, lequel est alors représenté par le mari, Toulouse, 26 mai 1821; trib. de l'île Maurice, 1er juin 1819; Pardessus, n. 63; Duranton, 2, n. 478; Chardon, *Puiss. marit.*, n. 193; Demolombe, 4, n. 249; Massé, 3, n. 170.—*Contrà*, Grenoble, 17 fév. 1826; *Dict. du cont. com.*, v° *Femme*, n. 3.— Si le mari est mineur, il n'a pas en lui capacité suffisante pour autoriser sa

3° La femme mariée peut agir sans l'autorisation de son mari dans tous les cas où elle se trouve autorisée par des dispositions légales particulières à administrer ses biens ou à les aliéner [31]; mais elle doit, pour chacun de ces cas, se renfermer dans les limites de l'autorisation qui lui est conférée par la loi [32]. V. les art. 1449, 1534, 1536, 1576.

4° La femme mariée peut faire un testament sans l'autorisation de son mari, art. 226, 1096 [33].

5° Elle peut de même prendre seule toutes les mesures nécessaires pour la conservation des droits qui lui appartiennent en vertu de la loi, ou qu'elle a acquis avec l'autorisation de son mari [34], art. 940, 2139 et 2194.

6° La femme mariée peut accepter, sans autorisation, une donation faite à son enfant mineur [35], art. 935, § 3.

femme à faire le commerce; et la femme doit alors se faire autoriser par justice, Pardessus, *loc. cit.*; Duranton, 2, n. 479; Massé, *loc. cit.*; Marcadé, sur l'art. 220. Selon quelques auteurs, le mari doit alors se faire autoriser par son propre conseil de famille à habiliter sa femme; mais cette opinion, qui aurait pour résultat de donner au conseil de famille du mari une autorité indirecte sur la femme, ne doit pas être suivie, Massé, *loc. cit.* — *Contrà*, Vazeille, 2, n. 331; Orillard, *Trib. de comm.*, n. 167. — Et il est à remarquer ici que l'autorisation de la justice ne peut remplacer l'autorisation du mari nécessaire à la femme commerçante que si le mari est mineur, ou bien encore s'il est absent. S'il est présent et s'il refuse, la femme ne peut recourir à la justice pour se faire autoriser, parce qu'il s'agit ici d'une autorisation générale et que, dans les cas ordinaires, le juge ne peut donner qu'une autorisation spéciale, Pardessus, n. 63; Marcadé, sur l'art. 220; Massé, 3, n. 169. V. Demolombe, 4, n. 248 et s.] Le mari peut-il révoquer son autorisation? Sans répondre d'une manière générale, on peut se prononcer pour l'affirmative dans le cas où les époux sont mariés sous le régime de la communauté, ou sous un régime simplement exclusif de la communauté dans les termes des art 1530 et s. [L'autorisation peut être révoquée indistinctement dans tous les cas, même sous le régime de la séparation de biens, parce que l'art. 220, subordonnant la capacité de la femme à l'autorisation du mari, suppose évidemment que cette autorisation persiste et ne lui est pas retirée. Mais il ne faut pas que ce retrait soit intempestif, Pardessus, 12, n. 64; Toullier, 12, n. 257; Demolombe, 4, n. 324; Massé, 3, n. 171. — L'autorisation peut être retirée même lorsqu'elle est conférée dans le contrat de mariage: le mari ne peut aliéner le droit qui lui appartient, comme chef du ménage, d'avoir une volonté et d'en changer, Mêmes autorités.—Elle peut être retirée par le mari lors même qu'à raison de sa minorité ou de son absence, elle a été donnée par justice: l'autorisation de la justice, qui ne faisait que suppléer celle du mari, disparaît devant l'autorité du mari devenu capable et présent, Mêmes autorités.— *Contrà*. Demolombe, 4, n. 325. —Il est du reste évident que la révocation de l'autorisation n'a d'effet que pour l'avenir et ne rétroagit pas sur le passé, Massé, 3, n. 173; Demolombe, 4, n. 326.]

[31] Toullier, 2, n. 632; il sera parlé dans la suite, en leur lieu et place, de ces différents cas.

[32] [Grenoble, 30 août 1850, et Paris, 28 juin 1851, S. V., 51, 2, 337 et 625.]

[33] [V. *inf.*, le titre des *Donations et testaments*.]

[34] [Ainsi la femme peut faire, sans autorisation de son mari, tous actes conservatoires de ses droits: saisies-arrêts, protêts, inscription d'hypothèque, transcription de donation. V. Pardessus, n. 70; Massé, 3, n. 179; Demolombe, 4, n. 131; Marcadé, sur l'art. 215.]

[35] Delvincourt, sur l'art. 940; Toullier, 2, n. 630; Vazeille, 2, n. 328; [Duranton, 8, n. 438 et s.; Coin Delisle, sur l'art. 935, n. 7; Poujol, *Des donat.*, sur le même art.; Marcadé, sur cet art.]

7° Elle peut révoquer une donation faite par elle à son mari pendant le mariage, art. 1096.

8° La mère d'un enfant naturel, qui s'est mariée, peut, sans autorisation de son mari, donner son consentement au mariage de l'enfant [36].

Les femmes mariées ont besoin pour leurs actes juridiques, sous la réserve des exceptions qui viennent d'être mentionnées, de l'autorisation de leurs maris, quel que soit le régime de biens sous lequel elles aient été mariées, art. 215, 217.

La nécessité de l'autorisation commence avec la célébration du mariage, et dure jusqu'à sa dissolution [37].

En règle générale, le mari, et le mari seul, a le droit d'autoriser sa femme. Cependant cette règle souffre plusieurs exceptions quand le mari n'a pas une capacité suffisante, par exemple, s'il est mineur [38], absent [39], interdit [40] ou privé, par suite d'un juge-

[36] Merlin, *Rép.*, v° *Empêchement*, § 5, art. 11. [V. *sup.*, § 127.]

[37] Elle ne commence pas, comme autrefois, du jour des fiançailles, Pothier, *Puiss. marit.*, n. 7; [Demolombe, 4, n. 118.]

[38] Mais le mari mineur peut aussi autoriser sa femme pour les actes qu'il pourrait faire lui-même sans son curateur, Delvincourt, 1, p. 163; Toullier, 2, n. 653; [Duranton, 2, n. 502; Demolombe, 4, n. 220.] Dans tous les cas, le juge devra entendre le mari mineur, avant d'accorder l'autorisation à la femme, Pigeau, 1, p. 86; Toullier, *loc. cit.*; [Marcadé, sur l'art. 224. Mais ce n'est là, après tout, qu'une affaire de convenance.] Si la femme est mineure et le mari majeur, ce dernier intervient à un double titre, comme curateur et comme mari, Duranton, 2, n. 505; [Demolombe, 4, n. 229. V. aussi n. 228.]

[39] C'est-à-dire si le mari est présumé ou déclaré absent, Pr., art. 863. Si le mari est simplement absent de son domicile il faut, sous la réserve des cas pressants et extraordinaires, suivre la marche tracée par les art. 861 et 862 Pr. V. Locré, Maleville et Delvincourt, sur l'art. 222; de Moly, *Traité des absents*, n. 738 et s.; Toullier, 2, n. 651; Duranton, 2, n. 506; [Demolombe, 4, n. 214; Marcadé, sur l'art. 222; Agen, 31 juill. 1806; Colmar, 31 juill. 1810; Cass., 15 mars 1837, S. V., 37, 1, 547. — En cas d'absence non déclarée, la femme doit établir le fait de l'absence par une pièce probante, par exemple par un acte de notoriété, Thomines Desmasures, 2, n. 1010.]

[40] V. Pr., art. 864. [On peut, jusqu'à un certain point, assimiler à l'interdit les individus qui sont dans un état de démence notoire, par exemple, qui sont renfermés dans un établissement d'aliénés, L. 30 juin 1838: les tribunaux apprécieront, Demolombe, 4, n. 225. — Si c'est la femme qui est nommée tutrice de son mari, elle pourra exercer sans l'autorisation de justice, ou, selon les cas, avec l'autorisation du conseil de famille, toutes les actions relatives aux biens ou aux droits de son mari, de la même manière que tout autre tuteur les exercerait, parce qu'elle y est habilitée par la loi, qui lui a permis d'être tutrice. — Mais comme la tutelle qui lui a été conférée, relativement aux affaires de son mari, ne change pas sa position quant à ses affaires propres, elle ne peut exercer ses actions personnelles sans l'autorisation de la justice, Poitiers, 17 juin 1846, S. V., 47, 2, 16; Demolombe, 4, n. 222. — *Contrà*, Duranton, qui pense que la femme n'a pas besoin d'autorisation.] Dans le cas où un conseil judiciaire a été donné au mari, il y a lieu de lui appliquer ce qui a été dit pour le mari mineur. [C'est-à-dire que le mari peut alors autoriser sa femme pour tous les actes qu'il est capable de faire lui même. Mais pour les actes que lui-même ne pourrait faire sans l'assistance de son conseil, peut-il autoriser sa femme avec l'assistance de ce conseil, ou faut-il que sa femme recoure à l'autorisation de la justice? Selon Magnin, *Des minorités*, 1,

ment, de l'exercice de ses droits civils[41]. Dans d'autres cas, le mari, quoique ayant la capacité légale nécessaire pour autoriser la femme, est cependant privé, par une disposition exceptionnelle, du droit de l'autoriser : tel est, indépendamment des cas déjà mentionnés plus haut, celui de l'art. 1558. Par contre, il résulte du principe sur lequel se fonde la nécessité de l'autorisation, que la femme peut être autorisée par le mari, même dans le cas où l'affaire touche soit à la fois à l'intérêt de la femme et à celui du mari, soit seulement à l'intérêt du mari[42].

Toutes les fois que le mari n'a pas, soit absolument, soit à raison de la nature de l'affaire, le droit d'autoriser sa femme, l'autorisation est donnée par la justice[43], art. 221, 222, 224.

n. 909, et un arrêt de Paris, du 27 août 1833, S. V., 33, 2, 562, le mari peut autoriser sa femme avec l'assistance de son conseil ; au contraire, selon Demolombe, 4, n. 226, et un arrêt de Rennes, du 7 déc. 1840, S. V., 41, 2, 423, dont l'opinion nous paraît préférable, la femme, quand son mari n'est pas capable de l'autoriser, doit recourir à la justice : en effet, étant admise l'incapacité du mari pour autoriser sa femme à faire ce qu'il ne pourrait faire lui-même, et à s'obliger indirectement quand il ne peut s'obliger directement, il faut admettre aussi que c'est à la justice à autoriser la femme, parce qu'en principe général c'est elle qui supplée à l'incapacité du mari, tandis que le conseil chargé d'habiliter le mari n'est pas chargé d'habiliter sa femme. Une troisième opinion, soutenue par Duranton, 2, n. 507, se fondant sur le silence de l'art. 222, accorde au mari, quoique pourvu d'un conseil judiciaire, capacité pour autoriser sa femme, seul et dans tous les cas; mais cette opinion est condamnée par les principes, si elle ne l'est pas par un texte positif]

[41] [C'est-à-dire lorsqu'il a été frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante, Pén., art. 6 et s. La femme ne peut alors, aux termes de l'art. 221, et *pendant la durée de la peine*, ester en jugement ou contracter qu'avec l'autorisation de la justice. Et il nous semble que lorsqu'il s'agit d'une peine simplement infamante, comme la dégradation civique, qui peut durer toute la vie, Pén., art. 8 et 34, l'incapacité du mari, qui dure autant que la peine, peut durer toute la vie, Delvincourt, sur l'art. 221. — *Contrà*, Duranton, 2, n. 507; Marcadé, sur l'art. 221 ; Demolombe, 4, n. 216, qui se fondent à tort, selon nous, sur ce que l'incapacité prononcée par l'art. 221 ne serait que temporaire, et sur ce que la dégradation civique n'emporte pas par elle-même déchéance de la puissance maritale ; l'incapacité de l'art. 221 n'est pas nécessairement temporaire, puisqu'elle s'applique à des peines qui peuvent être perpétuelles; et, d'un autre côté, l'incapacité résulte non de la loi qui détermine les effets de la peine, mais de l'art. 221 qui la prononce. — S'il s'agit d'une condamnation prononcée par contumace, il paraît naturel d'en limiter l'effet à la durée du temps nécessaire pour la prescription de la peine, Chardon, *Puiss. marit.*, 1, n. 167; Demolombe, 4, n. 218.] Le mari qui a fait cession de biens à ses créanciers n'en est pas moins capable d'autoriser sa femme, Ferrière, 3, p. 140, 174 ; [Demolombe, 4, n. 230. Il en est de même de celui qui est en état de faillite, Demolombe, *ibid.*; Massé, 3, n. 235.]

[42] Le Code civil n'excepte nulle part ces affaires de la règle qui donne au mari le pouvoir d'autoriser sa femme. [En d'autres termes, la règle : *Nemo potest esse auctor in rem suam*, n'est pas applicable en cette matière], Ferrière, 3, 162 ; Delvincourt, sur l'art. 217 ; Vazeille, 2, n. 306 ; Merlin, *Rép.*, v° S.-*C. Velléien* ; [Demolombe, 4, n. 232 et s.; Marcadé, sur l'art. 224] ; Cass., 13 oct. 1812 ; Bordeaux, 2 août 1813 ; [Gênes, 30 août 1811 ; Colmar, 8 déc. 1812 ; Paris, 12 déc. 1820 ; Grenoble, 11 mars 1851, S. V., 51, 1, 627.] — *Contrà*, [mais seulement pour le cas où l'affaire intéresse la femme et le mari], Duranton, 2, n. 473 ; [Cass., 14 fév. 1810; et, dans un sens plus général, Turin, 17 déc. 1808, et Toulouse, 21 mai 1810. V. aussi Besançon, 27 janv. 1807.]

[43] [Dans tous les cas, bien entendu,

Il dépend entièrement de la volonté du mari d'accorder ou de refuser à la femme l'autorisation qu'elle lui demande. Cependant, s'il refuse, l'autorisation peut, selon les circonstances, être accordée par le tribunal compétent [44], art. 218, 219.

Nous n'avons pas à nous occuper ici du point de savoir quel est le tribunal compétent pour autoriser la femme lorsque le mari ne peut ou ne veut pas l'autoriser, et quelle est la marche à suivre pour obtenir l'autorisation du tribunal. Ces questions appartiennent à la procédure.

L'autorisation est utilement conférée par le mari avant, pendant, comme après la conclusion de l'acte, V. cep. art. 1338; avant, pendant ou après l'instance [45]. Cependant, la ratification par le mari d'un acte juridique, ou de ce qui a été fait dans une instance, n'a d'effet à l'égard de la femme ou de ses ayants droit qu'autant que cette ratification a eu lieu pendant la durée du mariage, et avant que la femme ait rétracté la déclaration de sa volonté [46].

où une autorisation est nécessaire, Duranton, 2, n. 505.]

[44] Excepté dans le cas de l'art. 1556, [dont le rapprochement avec l'art. 1555 démontre que lorsque le mari refuse d'autoriser sa femme à donner ses biens dotaux pour l'établissement de leurs enfants communs, la femme ne peut recourir à l'autorisation de la justice], Maleville, sur l'art. 1556; Delvincourt, sur le même art.; Bellot, *Contr. de mar.*, 5, p. 111; [Benoit, *De la dot*, 1, n. 61; Seriziat, *Rég. dot.*, n. 154; Limoges, 2 déc. 1835, S. V., 35, 2, 513. — *Contrà*, Toullier, 14, n. 191; Duranton, 15, n. 497; Rouen, 24 déc. 1841, S. V., 43, 2, 77.] Le tribunal auquel la femme demande l'autorisation doit consulter à la fois l'intérêt du mari et celui de la femme, Merlin, *Quest.*, v° *Séparation de biens*, § 5. — Cette autorisation peut être tacite, Cass., 9 mai 1829; Orléans, 24 mars 1831, et Nîmes, 12 juill. 1831, S. V., 31, 2, 155 et 220; [Cass., 21 fév. 1853, S. V., 53, 1, 169. V. cep. Turin, 20 mess. an XII; Cass., 7 fév. 1817 et 7 avril 1819.]

[45] [C'est ce qui résulte de ce que l'autorisation n'est pas exigée, *ad formam negotii*, dans l'intérêt de la femme, mais dans l'intérêt du mari et de l'association conjugale, de telle sorte qu'à quelque époque qu'intervienne l'autorisation ou le consentement du mari, il valide, en se rencontrant avec le consentement de la femme, l'acte qui, parfait en lui-même et encore existant, n'attendait que l'accomplissement de cette condition pour être susceptible de produire tous ses effets, Pothier, *Puiss. marit.*, n. 74; Lebrun, *Communauté*, liv. 2, ch. 1, sect. 4; Delvincourt, 1, p. 335; Vazeille, 2, n. 379; Demante, 1, n. 300; Marcadé, sur l'art. 225; Riom, 23 janv. 1809; Colmar, 28 nov. 1816; Dijon, 1er août 1818. — *Contrà*, Merlin, *Rép.*, v° *Autor. marit.*, sect. 6, § 3; Toullier, 2, n. 645; Benoît, *De la dot*, n. 224, et *Des paraphernaux*, n. 35; Duranton, 2, n. 518; Chardon, n. 145; Demolombe, 4, n. 211; Devilleneuve, *Coll. nouv.*, 3, 2, 372; Paris, 12 janv. 1815; Rouen, 18 nov. 1825; Cass., 12 fév. 1828; Grenoble, 26 juill. 1828; Cass., 26 juin 1839. Dans ce dernier système, la ratification du mari serait opposable à ce dernier, qui n'aurait plus d'action en nullité, mais ne serait pas opposable à la femme; et cependant il paraît évident que si l'autorisation est exigée dans l'intérêt du mari et du mariage, la femme ne peut avoir de son chef aucune action en nullité lorsque le mari lui même n'en a plus.]

[46] [En effet, après la dissolution du mariage, ou lorsque la femme a rétracté sa volonté, la volonté du mari ne peut plus se rencontrer avec la volonté de la femme, et l'acte reste dans son état primitif d'impuissance. Du reste, rien n'empêche la femme devenue libre par la dissolution du mariage de ratifier l'acte qu'elle a consenti sans l'autorisation

L'autorisation peut être donnée expressément [47] ou tacitement, V. art. 217. — L'autorisation tacite résulte, par exemple, du concours du mari à un acte qui n'intéresse que la femme, ou qui intéresse à la fois la femme et le mari [48]; ou de sa présence dans une instance qu'il soutient contre elle ou conjointement avec elle, soit en demandant, soit en défendant [49]. Ainsi encore le mari qui tire une lettre de change sur sa femme l'autorise par cela même à l'accepter [50]. Enfin, la femme est autorisée à faire, sans l'assistance du mari, les actes relatifs à la direction du ménage. Toutefois, ce pouvoir résulte non d'une autorisation tacite, mais du mandat tacite qu'elle a reçu de son mari, dont elle ne fait que gérer les affaires, en dirigeant le ménage dont il est le chef [51] : d'où il suit que les obligations qu'elle contracte dans cette

de son mari, et cette ratification a un effet rétroactif, sauf, bien entendu, les droits des tiers, Pothier, n. 4, 5, 68, 74; Locré, sur les art 223 et 225; Merlin, *loc. cit.*, sect. 6, § 3. — Quant à la ratification du mari, elle peut être expresse et résulter d'un écrit; tacite et résulter d'un fait, Colmar, 28 nov. 1816. — Elle peut aussi être implicite; ainsi, le mari qui accepte une lettre de change tirée sur lui par sa femme non autorisée ratifie par là l'acte de sa femme, auquel il donne son consentement. — *Contrà*, Paris, 12 janv. 1815; Merlin, *loc. cit.*; Chardon, n. 115. — Ajoutons que le mari qui ratifie, en l'exécutant, l'acte fait par sa femme sans son autorisation, n'est pas fondé, pour faire considérer sa ratification comme non avenue, à prétendre qu'il ignorait le vice de l'acte ratifié, Cass., 1er fév. 1843, S. V., 43, 1, 537.]

[47] Il n'est pas indispensable, en ce qui touche la forme extérieure d'une autorisation expresse, qu'elle soit donnée par écrit. [Du moins, quand cette autorisation est avouée, soit spontanément par le mari ou la femme, soit par suite du serment qui lui serait déféré, le défaut d'acte écrit ne l'empêcherait pas d'être valable. Mais de là il ne faut pas conclure qu'on puisse, dans tous les cas, prouver par témoins une autorisation verbale, l'art. 217 exigeant un acte écrit pour la constatation de l'autorisation expresse, Demolombe, 4, n. 193. Cependant, quand l'acte de la femme n'est pas de nature à être lui-même constaté par écrit, il semble qu'il serait contradictoire d'exiger pour cet acte une autorisation écrite. C'est dans ce sens qu'il a été jugé que l'autorisation maritale nécessaire à la femme pour faire des dons manuels n'a pas besoin d'être donnée par écrit, et qu'il suffit dans ce cas d'une autorisation verbale ou dont l'existence résulte des faits et circonstances, Paris, 28 juin 1851, S. V., 51, 2, 337.] Une autorisation par écrit peut être donnée par un acte sous seing privé, Duranton, 2, 446; Turin, 17 déc. 1810; [Demolombe, 4, n. 194.]

[48] La disposition de l'art. 217, qui fait résulter l'autorisation du concours du mari dans l'acte, doit être interprétée très-largement, [Toullier, 13, n. 241; Delangle, *Soc. com.*, 1, n. 53 et 55.] V. à titre d'exemples, en sens divers, pour l'éclaircissement de cette règle, Riom, 2 fév. 1810; Cass., 8 avril 1829; Grenoble, 14 janv. 1830; Paris, 2 fév. 1830; Cass., 22 mars 1831, S. V., 31, 1, 119; Bourges, 9 juill. 1831, S. V., 32, 2. 447; [Paris, 23 août 1851, S. V., 51, 2, 517. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, 1, p. 460; Marcadé, sur l'art. 217; Demolombe, 4, n. 197. — Sur l'autorisation nécessaire à la femme marchande publique, V. *sup.*, note 30.]

[49] [Sur l'autorisation de la femme qui plaide contre son mari, V. *sup.*, note 8. — Sur le point de savoir si l'autorisation peut être tacitement donnée par le tribunal, V. *sup.*, note 44.]

[50] Caen, 2 août 1814; [Toulouse, 12 juill. 1811; Paris, 2 fév. 1830; Chardon, n. 214. V. *sup.*, note 46.]

[51] Ce mandat ne doit pas être confondu avec l'autorisation générale dont parle l'art. 223. [Le mari est alors obligé au payement des dettes contractées par la femme, s'il n'y a ni excès ni abus, Rennes, 11 et 30 déc. 1813; Cass., 14 fév. 1826 et 3 fév. 1830; Merlin, *Rép.*, v°

gestion n'engagent que le mari dont elle est la mandataire, et ne l'engagent pas elle-même [52].

L'autorisation doit être spéciale pour chaque acte et pour chaque instance. Il ne peut y avoir d'autorisation générale que pour l'administration des biens de la femme. Si donc le mari a conféré à sa femme une autorisation plus étendue, cette autorisation ne produit d'autre effet que celui d'habiliter la femme à l'administration de ses biens; elle ne produit même cet effet qu'autant qu'elle est contenue dans le contrat de mariage. Quant au pouvoir que le mari donne à la femme dans ses propres affaires ou dans celles de la communauté, son étendue doit être appréciée comme celle de toute autre procuration [53], art. 223. V. aussi art. 1420 et

Autor. marit., sect. 7, n. 7; Toullier, 12, n. 260; et cela alors même que la femme, avec la tolérance du mari, n'habiterait pas le domicile conjugal, Cass., 13 fév. 1844, S. V., 44, 1, 662; Merlin, *loc. cit.;* Toullier, *ibid.;* Duranton, 14, n. 250; Chardon, n. 89.] — Le mari, d'ailleurs, cesse d'être obligé, s'il a révoqué le mandat qu'il avait donné à sa femme [Rennes, 11 déc. 1813]; par exemple, en donnant un avis public pour empêcher qu'on ne fît crédit à sa femme, soit parce qu'elle aurait quitté le domicile conjugal, [Douai, 24 déc. 1833 et 13 mai 1846, S. V., 47, 2, 24 et 26], soit parce qu'elle aurait excédé la limite de ses pouvoirs par des dépenses excessives. [Et il n'est même pas nécessaire que le mari prenne le soin, dans ce cas, de prévenir le public, Rouen, 27 déc. 1809; Rennes, 21 janv. 1814; Riom, 21 nov. 1846, S. V., 47, 2, 143; Toullier, 12, n. 277.]—Quand le mari fait ordinairement gérer ses affaires par sa femme, c'est un pouvoir tacitement conféré, et non une autorisation tacite qu'il y a lieu d'admettre. V. Toullier, 2, n. 641; Merlin, *loc. cit.*, et *sup.*, note 1.

[52] Il y a cependant certains cas où la femme est exceptionnellement obligée par les engagements qu'elle contracte pour le ménage commun. V., par exemple, les art. 1448, 1537, 1575; Vazeille, 2, n. 335.

[53] Toullier, 2, n. 644 et s.; Duranton, 2, n. 448 et s. — De ce que l'autorisation doit être spéciale, il n'en résulte pas que le mari ne puisse pas, par le même acte, autoriser la femme à plusieurs actes particuliers et spécialement déterminés. —Il faut, en ce qui concerne le caractère de la spécialité de l'autorisation, se garder d'expliquer l'art. 223 par l'art. 1988. Cependant l'art. 223 présente une difficulté que n'ont pas remarquée les auteurs précités : l'administration de la fortune de la femme appartient soit à la femme, V. art. 1449, 1536, 1576, soit au mari. Dans le premier cas, la femme n'a besoin d'aucune autorisation pour l'administration de ses biens. Dans le second cas, il ne peut être question que de conférer à la femme un mandat, et non une autorisation. L'art. 223 paraît donc devoir être interprété en ce sens que la femme mariée doit être spécialement autorisée pour chaque contrat en particulier, et que même dans le cas où elle possède des biens complétement séparés de ceux du mari, celui-ci ne peut, au moyen d'une autorisation générale, autoriser la femme à des actes auxquels elle n'est pas déjà autorisée par la loi; mais que, en ce qui concerne le mandat que le mari confère à sa femme, soit relativement à l'administration des biens de cette dernière, soit relativement à ses biens personnels, de lui, mari, il doit être, quant à sa spécialité, expliqué par l'art. 1988. [Il est évident en effet que dans tous les cas où le mari, quels que soient les termes dont il se sert, charge sa femme de faire, ou autorise sa femme à faire une chose qu'il lui appartenait de faire lui-même, ce n'est pas une autorisation qu'il lui donne, mais un mandat; et que la nature, l'étendue et les effets de ce mandat doivent être appréciés non d'après l'art. 223 qui, expliqué par l'ensemble des articles qui le précèdent, exige une autorisation spéciale à chaque acte, mais d'après les art. 1987 et 1988 qui considèrent comme spécial le mandat donné pour toutes les affaires d'une certaine nature. V. Toullier, 2, n. 644; Duranton, 2, n. 448; Demolombe, 4, n. 203 et s.; Riom, 28 déc. 1816; Cass., 19 juin 1842, S. V., 42, 1, 975; Bourges, 7 mai 1845, S. V., 47, 2, 46;

1538. Du reste, la question de savoir ce que la femme est autorisée à traiter ou à faire, en vertu de l'autorisation qui lui a été conférée spécialement pour un seul acte par son mari ou par la justice, doit être décidée eu égard à la nature de l'affaire, d'après les règles générales de l'interprétation [54].

Le mari conserve le droit de révoquer l'autorisation, tant qu'il n'en est pas résulté un droit acquis à un tiers [55].

Lorsqu'une femme mariée, régulièrement autorisée par son mari ou par justice, a fait un acte ou a suivi un procès, elle doit être, dans l'un et l'autre cas, assimilée à une femme non mariée [56]. Elle ne pourrait donc attaquer les actes par elle faits, sous prétexte que son intérêt n'aurait pas été pris en considération quand l'autorisation lui a été conférée [57].

D'un autre côté le mari ne peut, en vertu de l'autorisation qu'il a donnée à sa femme ou qu'elle a reçue de la justice, ni être attiré dans l'affaire pour laquelle elle a été autorisée, ni être condamné, soit sur le principal, soit sur les accessoires, soit aux frais du procès dans l'instance suivie par sa femme. Le mari n'est pas constitué partie par le fait de l'autorisation qui n'implique que sa renonciation aux exceptions qu'il aurait pu, sans cette autorisation et en vertu de la puissance maritale, opposer aux actes faits par sa femme [58]. Cette règle souffre exception : 1° lorsqu'il existe entre les époux une communauté de biens légale ou conventionnelle [59], V, art. 1419, 1426, 1427, et *inf.* la théorie du régime de

Metz, 31 janv. 1850, S. V., 52, 2, 309; Caen, 27 janv. 1851, S. V., 51, 2, 438.]

[54] V. comme exemples [relatifs à l'autorisation d'ester en justice], Poitiers, 28 fév. 1834, S. V., 34, 2, 167; Cass., 20 juill. 1835, S. V., 35, 1, 610; [Colmar, 14 janv. 1812; Cass., 24 fév. 1841, S. V., 41, 1, 315; 15 juin 1842, S. V., 42, 1, 838; 29 juin 1842, S. V., 42, 1, 975; Bourges, 7 mai 1845, S. V., 47, 2, 150; et relativement à l'autorisation de contracter, Bruxelles, 13 fév. et 21 déc. 1809; Poitiers, 5 pluv. an XIII; Cass., 14 déc. 1840, S. V., 41, 1, 954; 30 juin 1841, S, V., 41, 1, 647.]

[55] Toullier, 12, n. 257. [V. *sup.*, note 30.]

[56] Pothier, *Puiss. marit.*, n. 76; [Demolombe, 4, n. 275.]

[57] [Mêmes autorités.] Mais elle conserve contre cet acte tous les moyens qu'elle aurait si elle n'était pas mariée, Vazeille, 2, n. 355; [Toullier, 2, n. 655; Demolombe, *loc. cit.*] La femme n'a pas d'ailleurs besoin d'établir qu'il y a eu lésion lorsqu'elle veut attaquer un contrat qu'elle a formé sans autorisation, Duranton, 1, n. 232.

[58] V. Toullier, 2, n. 655 et s.; Bellot, *Contrat de mar.*, 1, n. 477; Vazeille, 2, n. 372; Proudhon, *De l'usuf.*, 4, n. 1767; Duranton, 2, n. 461; [Demolombe, 4, n. 307 et s.;] Montpellier, 10 flor. an XIII; Bordeaux, 30 mai 1816.

[59] Vazeille, 2, n. 359.—[Quant aux dépens des procès soutenus par la femme, le mari ne peut y être personnellement condamné que s'il est partie dans l'instance; mais, sous le régime de la communauté, ces dépens peuvent tomber indirectement à sa charge, de même que toutes les dettes contractées par la femme avec l'autorisation du mari, art. 1409 et 1419; Toullier, 12, n. 282; Duranton, 2, n. 461; Demolombe, 4, n. 310 et s. Mais sous le régime dotal et celui de la séparation de biens, le mari n'est tenu en aucune manière, Montpellier, 10 flor. an XIII; Vazeille, 2, n. 375.]

la communauté ; 2° lorsque l'acte fait par la femme avec l'autorisation du mari porte atteinte aux droits de ce dernier sur la fortune de la femme, par exemple s'il contient une disposition au sujet de la jouissance des biens dotaux [60] ; 3° enfin, lorsque l'acte pour lequel le mari a autorisé la femme est obligatoire pour lui, par une raison de droit indépendante de l'autorisation, par exemple dans le cas d'une *versio in rem* [61]. Du reste, cette dernière exception diffère des deux premières, en ce qu'elle se produit nécessairement, alors même que l'autorisation a été conférée par la justice ; tandis que dans les cas des deux premières exceptions, l'autorisation de la justice n'oblige le mari que lorsqu'il n'avait pas le pouvoir ou le droit d'autoriser sa femme, mais non lorsqu'il lui a refusé l'autorisation qu'il pouvait lui donner [62].

Si la femme a contracté ou esté en justice sans autorisation [63], tout ce qui a été fait est nul. Cependant la nullité ne peut être invoquée que par le mari et par la femme [64], ou par les héritiers ou ayants droit [65]

[60] Merlin, *Rép.*, v° *Autor. mar.*, sect. 7.

[61] Merlin, *loc. cit.* Ou bien encore lorsque la femme poursuit un individu pour un délit dont il s'est rendu coupable envers sa personne ou son honneur; le mari peut, dans ce cas, être condamné aux frais du procès, parce qu'il doit protection à sa femme, art. 213.

[62] Proudhon, 1, n. 272 ; Toullier, 2, n. 656 ; 12, n. 239 ; Delvincourt, 3, n. 36 ; Vazeille, 2, n. 357 ; [Demolombe, 4, n. 318.—Ce dernier auteur pense même, avec raison, selon nous, n. 319, qu'il n'y a pas lieu de distinguer entre les cas où le mari ne pouvait pas et celui où il ne voulait pas autoriser la femme, puisque, dans un cas comme dans l'autre, il ne serait pas juste qu'il fût obligé sans son consentement, art. 1426.] L'exception apportée à cette règle par l'art. 1427 s'explique par les circonstances particulières dans lesquelles intervient l'autorisation du juge dans le cas prévu par cet article.

[63] C'est à celui qui a contracté avec la femme à prouver qu'elle a été autorisée, Paris, 2 janv. 1808; [Toullier, 2, n. 646.]

[64] Pendant le mariage comme après sa dissolution, Vazeille, 2, n. 378. [Le mari peut même attaquer de son chef l'obligation contractée par sa femme non autorisée, bien que, sur l'action en nullité de la femme, l'exécution de l'obligation ait été ordonnée contre elle, Montpellier, 27 avril 1831, S. V., 32, 2, 77.]

[65] Et par les créanciers. [Toutefois la question est controversée : les uns, voyant dans cette action en nullité un droit exclusivement attaché à la personne dans le sens de l'art. 1166, en refusent l'exercice aux créanciers de la femme ou du mari, Angers, 10 août 1810; Grenoble, 2 août 1827; Chardon, 1, n. 130. Les autres, se fondant sur ce que les actions qui ont ou peuvent avoir un intérêt pécuniaire sont *in bonis* de ceux à qui elles appartiennent, décident qu'elles peuvent, par conséquent, être exercées par les créanciers dont tous les biens sont le gage, Duranton, 2, n. 512; Toullier, 2, n. 661, et 7, n. 567 (qui avait d'abord adopté l'opinion contraire); Vazeille, 2, n. 384; Marcadé, sur l'art. 225. Et cette opinion nous paraît la meilleure.—Demolombe, 4, n. 342, distingue entre les créanciers de la femme, auxquels il accorde l'exercice de l'action, et ceux du mari, auxquels il la refuse ; mais cette distinction ne nous paraît avoir rien de juridique, puisque l'utilité de l'action peut être la même, soit de la part du mari, soit de la part de la femme.] — La caution de la femme peut-elle invoquer cette exception? [Non : car il résulte de l'art. 2012 qu'on peut cautionner une obligation annulable par une exception purement personnelle à l'obligé, Duranton, 2, n. 510; Chardon, n. 134; Troplong, *Cautionn.*, n. 82 ; Demolombe, 4, n. 343 ; Cass., 17 déc. 1834, S. V., 35, 1, 544. La question était controversée dans l'ancien droit. V. Domat, liv. 3, tit. 4, sect. 1, art. 3, qui refusait l'action à la caution ; et Pothier, *Oblig.*, n. 395, qui la lui accordait.]

de la femme ou du mari, mais non par des tiers [66], art. 225.

Les tiers ne peuvent, pour repousser cette nullité, opposer soit que la femme s'est fait passer pour non mariée [67], soit qu'elle passait généralement pour non mariée [68]. Cependant, on peut opposer à l'action en nullité l'exception de la chose jugée [69], la ratification donnée par la femme après la dissolution du mariage [70], et enfin la prescription. Ainsi, pour ce qui concerne cette dernière exception, l'action de la femme se prescrit par dix ans, à compter du jour de la dissolution du mariage [71], art. 1304.

[66] Ainsi, par exemple, dans le cas où la femme a consenti une hypothèque sans autorisation, le défaut d'autorisation ne peut pas être opposé au créancier par l'acquéreur de l'immeuble grevé de cette hypothèque, Lyon, 27 mars 1832, S. V., 33, 2, 282. La nullité est donc simplement relative. [Mais de là il ne faudrait pas conclure que lorsqu'une femme demanderesse agit en justice sans autorisation, le défendeur ne serait pas recevable à opposer ce défaut d'autorisation, et à faire déclarer la femme non recevable : c'est précisément parce que l'art. 225 défend à celui qui a plaidé ou contracté avec une femme non autorisée de se prévaloir du défaut d'autorisation, qu'on a le droit de refuser de plaider ou de contracter avec une femme non autorisée, Cass., 22 oct. 1807; Bordeaux, 11 août 1851, S.V., 51, 2, 757; Troplong, *Hyp.*, n. 955; Duranton, 20, n. 403. V. cep. Grenoble, 11 juin 1825; Cass., 14 juin 1843, S. V., 43, 1, 465. — Sur le point de savoir si un donateur peut révoquer la donation acceptée par une femme non autorisée, V. *inf.*, le titre des *Donations*.]

[67] [Si la femme a simplement pris la qualité de fille ou de veuve, les tiers sont obligés envers elle, sans pouvoir lui opposer qu'elle a caché sa qualité. C'était à eux à la vérifier, Toullier, 2, n. 622; Duranton, 2, n. 462; Bordeaux, 12 germ. an XIII.] Si par ses manœuvres et ses artifices la femme a amené la partie adverse à croire qu'elle n'était pas mariée, l'obligation en ce qui la concerne est valable, mais elle n'a pas d'effet vis-à-vis de son mari, art. 1307, Toullier, 2, n. 624; Vazeille, 2, n. 312. [Toutefois, si c'était le mari lui-même qui avait tenu son mariage secret, il ne serait pas reçu à attaquer les actes de sa femme pour défaut d'autorisation, Cass., 30 août 1808; Duranton, 2, n. 463.] Il n'y a donc pas lieu, dans les cas ordinaires, d'accueillir la prétention des tiers, alléguant qu'ils n'ont pas été prévenus du mariage existant ou du mariage ultérieurement contracté. Cass., 15 nov. 1836, S. V., 36, 1, 909. — *Quid*, si la femme étant autorisée, il n'a pas été fait mention de cette autorisation dans le contrat? L'acte serait néanmoins valable, [parce que, l'autorisation n'étant pas exigée *ad formam negotii*, il faut s'attacher au point de savoir si en fait l'autorisation existe, et non au point de savoir si elle est énoncée dans l'acte autorisé. — *Contrà*, Toullier, n. 647; Pothier, *Puiss. marit.*, n. 74.]

[68] Vazeille, 2, 313; [Duranton, n. 463; Toullier, 2, n. 623. *Error communis facit jus.*]

[69] Vazeille, 2, n. 379; Cass., 7 oct. 1812; [Demolombe, 4, n. 354.—*Contrà*, Duranton. 2, n. 468.]

[70] Toutefois l'approbation de la femme ne peut préjudicier aux droits du mari ou des tiers. Merlin, *Rép.*, v° *Autorisation*, sect. 9. [V. *sup.*, note 46.]

[71] Il est douteux que l'action du mari soit prescrite par dix ans, depuis le moment où il a eu connaissance de l'acte. [V. *inf.*, le titre des *Contrats et obligations*.]

CHAPITRE VII.

DE LA DISSOLUTION DU MARIAGE, ET DES SECONDS MARIAGES.

§ 135. *Des causes et des modes de dissolution du mariage.*

Le mariage se dissout, ou d'une manière absolue (*quoad vinculum matrimonii*), ou seulement d'une manière relative, c'est-à-dire quant à l'obligation de la vie commune et aux conséquences de cette obligation. — Le mariage se dissout d'une manière absolue : par la mort naturelle ou civile[1] de l'un des conjoints, V. § 67; et par le divorce, art. 227[2]. Le mariage se dissout dans un sens relatif (*quoad perpetuam vitæ consuetudinem*), par la séparation de corps entre les époux[3].

§ 136. *Des seconds mariages.*

Lorsqu'un mariage est dissous par suite du décès[1] de l'un ou de l'autre époux, ou par suite de divorce, l'époux survivant ou qui a recouvré sa liberté peut procéder à un nouveau mariage. V. cep. le § 128. Le nouveau mariage de l'époux survivant ou divorcé est, sous tous les rapports, soumis aux mêmes règles que le premier mariage ou que tout mariage en général[2]. Cependant l'époux qui a des enfants d'un précédent mariage et qui procède à un nouveau, ne peut disposer, à titre gratuit, en faveur de son

[1] V. *sup.*, § 67.—L'art. 227 dit : « Par la condamnation *devenue définitive* de l'un des époux à une peine emportant la mort civile... »; c'est-à-dire qu'une condamnation contradictoire a seule pour effet la dissolution immédiate du mariage. Une condamnation par contumace n'a cet effet qu'après cinq ans, à partir de l'exécution du jugement. [Mais après ces cinq ans le mariage est dissous, et non pas seulement après les vingt ans nécessaires pour rendre la mort civile irrévocable, Douai, 3 août 1819; Rouen, 11 mai 1847, S. V., 47, 2, 344; Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 2, § 2, n. 3; Valette sur Proudhon, 1, p. 477; Marcadé, sur l'art. 227; Demolombe, 1, n. 231]; art. 25-27. — *Contrà*, Duranton, 2, n. 253; Delvincourt, sur l'art. 227; Vazeille, 2, n. 528, 555; [Angers, 21 août 1840, S. V., 40, 2, 372.]

[2] Un mariage n'est dissous ni par l'absence de l'un ou de l'autre époux, art. 139; ni *existente conditione resolutivâ vel deficiente conditione suspensivâ*. Le mariage ne peut pas être contracté sous condition, arg. art. 227, 228.

[3] [Ce n'est pas là, à proprement parler, une dissolution du mariage; ce n'est qu'un relâchement du lien conjugal. Aussi la séparation de corps ne produit-elle aucun des effets juridiques attachés à la dissolution du mariage.]

[1] Par la mort naturelle ou par la mort civile. Ainsi le conjoint d'une personne morte civilement peut, sans attendre sa mort naturelle et dans l'état actuel du droit, contracter un nouveau mariage. [V. *sup.*, § 67.]

[2] Dans le projet du Code civil, venait immédiatement après l'art. 228 un article qui consacrait expressément ce principe. L'article a été supprimé comme superflu, Merlin, *Rép.*, v° *Secondes noces*; [Locré, 4, p. 402.]

nouveau conjoint, que dans certaines limites. V. art. 1098, 1496, 1527, et *inf.* le titre des *Donations.* — L'époux qui convole à de secondes noces ne conserve pas sur ses enfants nés d'un mariage antérieur tous les droits attribués à la puissance paternelle. V. art. 380, 381, 386, 395, 399, et *inf.* le titre de la *Puissance paternelle.*

TITRE VI.

DU DIVORCE ET DE LA SÉPARATION DE CORPS.

Articles 229 à 311.

SOMMAIRE.

CHAPITRE Ier. — DU DIVORCE.

§ 137. — Définition du divorce. — Ses différentes espèces.

SECTION Ire. — *Du divorce pour cause déterminée.*

§ 138. — Causes de divorce.
§ 139. — Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce.
§ 140. — Par qui peut être demandé le divorce.
§ 141. — De la procédure.
§ 142. — Suite de la procédure. — Du jugement.
§ 143. — Des mesures judiciaires qui peuvent être prises pendant l'instance en divorce.
§ 144. — De la cause particulière de divorce mentionnée dans l'art. 310.

SECTION II. — *Du divorce par consentement mutuel.*

§ 145. — Conditions et formalités nécessaires pour son admission.

SECTION III. — *Règles communes au divorce pour cause déterminée, et au divorce par consentement mutuel.*

§ 146. — De la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.
§ 147. — Des effets du divorce en général.
§ 148. — Des effets du divorce pour cause déterminée.
§ 149. — Des effets du divorce par consentement mutuel.
§ 150. — De l'action en nullité du divorce.

CHAPITRE II. — DE LA SÉPARATION DE CORPS.

§ 151. — Définition de la séparation de corps.
§ 152. — Droit ancien.

CHAPITRE Ier.

DU DIVORCE [1].

§ 137. *Définition du divorce. Ses différentes espèces.*

Le divorce est la déclaration formelle par laquelle l'officier de l'état civil prononce, en vertu d'un jugement ou arrêt définitif, la dissolution du mariage entre deux époux [2], art. 258, 294.

Le divorce peut avoir lieu pour cause déterminée, ou par consentement mutuel.

Le divorce pour cause déterminée est celui qui est admis, pour une ou plusieurs des causes spécialement déterminées par la loi, sur la demande de celui des époux auquel la loi permet de

[1] [Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816, qui a en même temps converti toutes les demandes et instances en divorce pour cause déterminée en demandes et instances en séparation de corps ; restreint aux effets de la séparation de corps les jugements et arrêts de divorce restés sans exécution par la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil, conformément aux art. 227, 264, 265 et 266 du Code ; enfin qui a annulé tous actes faits pour arriver au divorce par consentement mutuel, et qui a déclaré non avenus les jugements et arrêts rendus dans ce cas, mais non suivis de la prononciation du divorce. — Malgré cette abolition, nous avons cru devoir conserver les explications de Zachariæ sur la matière du divorce, et maintenir le Code Napoléon dans son ensemble primitif, pour l'utilité des pays étrangers où ce Code est en vigueur et qui ont encore le divorce dans leur législation. Il nous a semblé d'ailleurs que, même au point de vue de la législation française, il y avait intérêt à ne pas rompre, dans l'exposé des règles et des principes du droit civil, tels qu'ils résultent du Code, l'ordre et l'enchaînement d'idées établis par ses auteurs. Comme on le verra ci-après, dans le système du Code, les dispositions très-insuffisantes qu'il contient sur la séparation de corps se complètent par des dispositions empruntées au divorce. Cependant ces dispositions, faites pour le divorce, ne sont applicables à la séparation de corps que dans la mesure de l'analogie qui existe en certains points entre le divorce et la séparation de corps. Il faut donc, pour en comprendre la portée, les laisser à leur place, surtout quand il s'agit de dispositions auxquelles les articles relatifs à la séparation de corps ne se réfèrent pas d'une manière expresse, mais auxquels on peut croire qu'ils ont entendu se référer. — Au surplus, tout en maintenant ici l'exposé de la législation du divorce, nous éviterons les développements qui dépasseraient les limites de l'utile.]

[2] Sur l'histoire de la législation en matière de divorce, V. Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*, sect. 1 et s.

les invoquer[3]. Du reste, toutes les causes de divorce (à l'exception de celle mentionnée dans l'art. 310, qui ne peut être considérée comme une cause de divorce que quant à ses conséquences) peuvent être ramenées au principe suivant : il y a cause de divorce lorsqu'un époux manque à ses devoirs conjugaux, à ce point que l'autre époux doive être considéré comme dégagé des siens.

Le divorce par consentement mutuel est celui qui est admis par suite de la volonté persévérante et formellement déclarée des époux. La loi suppose que le consentement mutuel des époux de se séparer, manifesté selon certaines formes, et d'après certaines conditions dont l'observation est de rigueur, est la preuve que, dans le cas donné, il existe un motif suffisant, soit par lui-même, soit d'après le droit positif, pour la dissolution du mariage, bien que la loi ait reculé devant l'expression de ce motif, ou les époux eux-mêmes devant la divulgation des secrets de la vie conjugale[4], art. 233.

Lors même que l'un des époux, après avoir demandé le divorce pour une cause déterminée, a échoué dans sa demande ou l'a laissé périmer, le divorce peut encore avoir lieu par consentement mutuel ; et de même lorsque deux époux ont demandé le divorce par consentement mutuel, chacune des parties peut, jusqu'à la dissolution définitive du mariage, art. 294, ou après le rejet de la demande en divorce par consentement mutuel, demander le divorce pour cause déterminée.

SECTION Ire. — DU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE.

§ 138. *Causes de divorce*[1].

1° Le mari peut, dans tous les cas, demander le divorce pour cause d'adultère de sa femme[2] ; mais la femme ne peut demander

[3] Il a été jugé que la demande en divorce pour cause déterminée, par exemple, pour injure grave, doit être rejetée lorsque le demandeur prouve, non une injure grave proprement dite, mais un fait d'adultère, bien que l'adultère soit une cause de divorce, Colmar, 8 déc. 1807. [Nous ne croyons pas que cette décision doive être suivie, du moins en matière de séparation de corps, où, les conséquences étant moins graves qu'en matière de divorce, les tribunaux peuvent se montrer moins formalistes.] Toutes autres causes que celles spécifiées par la loi sont d'ailleurs inadmissibles pour appuyer une demande en divorce ; ainsi, on ne peut invoquer la mauvaise conduite, la démence, l'abandon, Locré et Maleville, *Introd. au titre du divorce*.

[4] V. Locré, sur l'art. 233.

[1] [Les causes de divorce mentionnées dans ce paragraphe sont également des causes de séparation de corps : tout ce qui y est dit pour le divorce s'applique donc à la séparation de corps.]

[2] [Jugé que la demande en divorce pour cause d'adultère n'est pas recevable de la part du mari qui a laissé sa femme loin de lui, et dans un lieu notoirement dangereux pour les mœurs, Paris, 6 avril 1811.]

le divorce pour cause d'adultère du mari que lorsque le mari a entretenu sa concubine [3] dans la maison commune [4], art. 229, 230; Pén., art. 339.—Par maison commune, la loi entend l'habitation du mari, bien que cette habitation ne soit pas actuellement partagée par la femme, ou qu'elle ait été abandonnée par elle [5]; car la femme peut toujours être contrainte à résider avec son mari. Du reste, de la généralité des termes de la loi il résulte qu'il importe peu que la personne dont le mari a fait sa concubine ait été introduite dans la maison commune par la femme ou par le mari, et qu'il n'y a pas lieu de rechercher à quel titre elle y a été introduite [6].

[3] Le mot *concubine* ne doit pas être interprété en ce sens que la continuité d'un commerce illégitime soit nécessaire pour motiver cette cause de divorce. — [L'art. 230 dit : *Lorsqu'il aura tenu sa concubine dans la maison commune.* Ce qui suppose non-seulement une continuité de rapports avec une femme, une concubine, mais, de plus, que ces rapports continus ont pour théâtre la maison commune : des faits accidentels, avec une ou plusieurs femmes, lors même qu'ils se seraient passés dans la maison commune, ne caractériseraient pas l'adultère tel qu'il est prévu par l'art. 230, Demolombe, 4, n. 370; Marcadé, sur l'art. 230.]

[4] Sur les motifs qui à tort ont fait traiter le mari avec plus d'indulgence que la femme, V. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, liv. 26, ch. 8; Merlin, *Rép.*, v° *Adultère.* L'ancien droit faisait la même distinction. — Néanmoins, si l'adultère du mari n'est pas en lui-même, et abstraction faite de la circonstance aggravante de l'art. 230, une cause de divorce, il peut quelquefois, considéré comme injure grave, devenir une cause suffisante de divorce, Limoges, 21 mai 1835, S. V., 35, 2, 469; Cass., 14 juin 1836, S. V., 36, 1, 448; [Vazeille, 2, n. 546; Massol, *De la sép. de corps*, n. 10; Demolombe, 4, n. 377.]

[5] Poitiers, 28 mess. an XII; Douai, 24 juill. 1812; Cass., 21 déc. 1818; 9 mai 1821; Agen, 27 janv. 1824; Bruxelles, 14 oct. 1830. [Et alors même que la femme n'aurait jamais habité dans la maison du mari, Orléans, 16 août 1820; Cass., 9 mai 1821; — alors même que le mari aurait quitté le domicile ordinaire et commun, pour se retirer avec sa concubine dans une maison de campagne servant pendant l'été de résidence aux époux, Amiens, 13 fruct. an XI; — ou dans un hôtel garni, qui, à raison des circonstances, pourrait être considéré comme étant devenu son domicile légal, Cass., 17 août 1825; — ou dans une maison achetée en commun par le mari et sa concubine, dans laquelle ils vivent comme mari et femme, Toulouse, 12 avril 1825. — Cependant il a été jugé que le mari qui abandonne sa femme et tient une concubine dans le nouveau domicile qu'il s'est choisi ne peut être considéré comme ayant tenu sa concubine dans la maison commune, Limoges, 2 juill. 1810. — La solution de la question dépend du point de savoir si le mari a tenu sa concubine soit dans une maison habitée de fait par les deux époux. bien que cette maison ne fût pas leur domicile, soit dans une maison qui, devant être réputée leur domicile légal, est par cela même le domicile conjugal, puisqu'il est de droit celui de la femme. bien que de fait elle ne s'y trouve pas. V. sur ce point Duranton, 2, n. 544 et s.; Vazeille, 2, n. 535; Massol, p. 31, n. 8; Marcadé, sur l'art. 306; Demolombe, 4, n. 374 et s. — Y a-t-il entretien de la concubine dans la maison commune lorsqu'elle n'habite pas sous le même toit que la femme, mais dans une dépendance de l'habitation conjugale? ou lorsque, habitant sous le même toit, elle a un appartement séparé ? Ce sont là des questions de fait dont la solution dépend du point de savoir si le local habité par la concubine peut, d'après sa disposition, sa destination, son emplacement, être considéré comme faisant partie du domicile conjugal ou de la maison commune. V. Limoges, 21 mai 1835, S. V., 35, 2, 469; Massol, p 33, n. 8; et Demolombe, 4, n. 371.]

[6] Il faut s'en tenir à l'interprétation stricte des termes de l'art. 230. [Ainsi, le mari qui aurait pour concubine une personne faisant partie de la famille

L'adultère[7] de la femme et celui du mari peuvent être établis par des preuves indirectes, c'est-à-dire par de simples présomptions[8], et les moyens de preuve ordinaires sont d'ailleurs admissibles ; on doit même tenir compte des aveux des parties, bien qu'ils ne puissent constituer à eux seuls une preuve suffisante[9]. V. § 142.

2° Des excès ou actes pouvant mettre la vie en danger, des sévices ou mauvais traitements[10], des injures graves[11], dont l'un des époux s'est rendu coupable envers l'autre, donnent à ce dernier, mari ou femme, le droit d'intenter l'action en divorce, art. 231. C'est au juge qu'il appartient de décider si les injures, les excès ou sévices allégués ou prouvés suffisent pour motiver le divorce[12]. Le juge devra particulièrement avoir égard à la condition et à l'éducation des parties, aux circonstances dans lesquelles les injures, excès ou sévices se sont produits, et aux circonstances qui ont pu les provoquer de la part de l'un des époux[13]. La preuve des sévices et des injures peut également être administrée par toute espèce de moyens[14].

3° Lorsque l'un des époux est, pendant le mariage[15], condamné

et restant nécessairement dans la maison, n'en est pas moins réputé avoir tenu sa concubine dans la maison conjugale, Paris, 11 juill. 1812; Cass., 28 juill. 1813. — Et il en est de même, encore que la concubine du mari soit une domestique de la maison et que ce soit la femme qui l'y ait introduite, Amiens, 13 fruct. an XI; Orléans, 16 août 1820; Cass., 9 mai 1821; Duranton, 2, n. 546; Demolombe, 4, n. 372 et s.— *Contrà*, sur le dernier point, Marcadé, sur l'art. 306.]

[7] [L'adultère de la femme ou du mari ne cesse pas d'être une cause de divorce ou de séparation de corps, parce que la preuve de l'adultère serait en même temps la preuve d'un inceste, Paris, 11 juill. 1812; Cass.. 28 juill. 1813; Merlin. *Rép.*, v° *Adultère*, n. 8 *bis*.]

[8] *Sufficit*, suivant l'expression de quelques auteurs, *adulterium præsumptum*, Locré, sur les art. 229 et 230; Vazeille, 2, n. 533.

[9] Vazeille, 2, n. 564 et s.; Favard, v° *Séparation entre époux*, sect. 2, art. 2, n. 9; Cass., 11 frim. an XIV. [Ainsi il n'est pas nécessaire que l'époux coupable ait été trouvé en flagrant délit, Bordeaux, 27 fév. 1807; Colmar, 20 juin 1812.]

[10] [Qui, ne mettant pas la vie en danger, rendent cependant la vie commune insupportable, Rouen, 30 mess. an XII; Besançon, 16 germ. an XIII.]

[11] [Résultant de paroles, d'écrits ou de faits.]

[12] Les tribunaux peuvent, pour admettre le divorce, se fonder sur des faits postérieurs à la demande, Cass., 26 mai 1807.

[13] [V. les nombreuses décisions intervenues sur les espèces diverses qui se sont présentées dans la pratique et qui toutes offrent à décider des questions de fait plutôt que des questions de droit, dans la *Table générale* de Devilleneuve, v° *Divorce*, et v° *Séparation de corps*, et dans le *Code annoté* de Gilbert, sur l'art. 231.]

[14] V. la note 9.

[15] Pendant le mariage, car l'art. 232 dit : *La condamnation de l'un des époux*, Proudhon, 1, p. 291; [Favard, v° *Séparation*, sect. 2, § 1, n. 5; Marcadé, sur l'art. 306; Demolombe, 4, n. 392. Il est évident en effet que la condamnation antérieure ne pourrait être une cause de divorce ou de séparation de corps que si elle avait été inconnue de l'autre époux : or, la généralité des termes de l'art. 232, qui ne fait pas cette distinction, prouve qu'il n'a entendu prévoir que le cas d'une condamnation postérieure.—*Contrà*, Duranton, 2, n. 562; Massol, p. 53, n. 5, qui distinguent entre le cas où l'époux

par un arrêt définitif[16] à une peine infamante[17], Pén., art. 7, 8, pour un crime commis antérieurement ou postérieurement à la célébration du mariage[18], le divorce peut être demandé par l'autre époux pour ce seul motif[19], art. 232. La preuve de la condamnation est faite par la représentation d'une expédition en bonne forme du jugement qui l'a prononcée, et d'un certificat constatant que ce jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale[20], art. 261.

§ 139. *Des fins de non-recevoir contre l'action en divorce*[1].

L'action en divorce peut être repoussée par diverses fins de non-recevoir ou exceptions.

1° La réconciliation des époux et la renonciation au droit de demander le divorce sont des fins de non-recevoir qui peuvent

demandeur ignorait la condamnation antérieure de son conjoint, et le cas où il la connaissait; et, selon ce dernier auteur, la présomption est que le demandeur ignorait la condamnation de son conjoint.]

[16] *Définitif*. V. art. 261 ; V. aussi les observations du Tribunat sur l'art. 261. [Il faut donc, si la condamnation est par contumace, qu'il se soit écoulé vingt ans, et non pas seulement cinq ans depuis le jugement de condamnation, I. cr., art. 635-641 ; Proudhon, 1, p. 291 ; Duranton, 2, n. 560 ; Demolombe, 4, n. 397] ; Vazeille, 2, n. 554 et s.; Cass., 17 juin 1813 ; [Paris, 6 août 1840, S. V., 41, 2, 49.—La possibilité légale d'une révision ne suffirait pas pour enlever à la condamnation son caractère définitif, à moins cependant qu'il n'existât une instance en révision fondée sur les causes exprimées dans les art. 443 et s. I. cr. ; Vazeille, 2, n. 556 ; Demolombe, 4, n. 397. — La grâce ou la commutation de peine ne font pas disparaître la condamnation, Duranton, 2, n. 559 ; Massol, p. 53, n. 3; Demolombe, 4, n. 396. — Nous croyons qu'il doit en être de même de la réhabilitation, qui, si elle restitue au condamné les droits dont il était privé, n'enlève pas au fait sa criminalité, et à la condamnation son infamie. — *Contrà*, mêmes autorités.]

[17] [Mais la condamnation pour un fait qualifié crime à une peine correctionnelle par suite de l'admission de circonstances atténuantes ne peut être une cause de divorce ou de séparation de corps : la loi s'est attachée, non à la qualification légale du fait puni, mais à la nature de la peine, Paris, 16 juill. 1839, S. V., 40, 2, 107 ; Demolombe, 4, n. 396. — Il n'est pas nécessaire, du reste, que la peine soit à la fois *afflictive* et *infamante* : il suffit qu'elle soit infamante, et comme des peines infamantes, la dégradation civique, par exemple, sont infligées à des faits qui n'ont en eux-mêmes rien d'infamant, V. Pén., art. 130; et que d'autre part des faits infamants par eux-mêmes ne sont atteints que de peines afflictives, V. Pén., art. 401 et s., on voit à quelles tristes conséquences, signalées par tous les auteurs, peut conduire l'art. 230. V. Boitard, *Dr. crim.*, p. 81 et s.; Marcadé, sur l'art. 306 ; Demolombe, 4, n. 398.]

[18] La loi ne fait aucune distinction entre ces deux cas.

[19] [Le silence de l'époux pendant que son conjoint subit sa peine n'emporte pas renonciation au droit de demander plus tard le divorce ou la séparation de corps ; mais nous inclinerions à penser que cette renonciation peut, selon les circonstances, résulter d'une cohabitation après l'expiration de la peine, Duranton, 2, n. 572 et s.; Massol, p. 68, n 4 ; Demolombe, 4, n. 404 ; Grenoble, 17 août 1821.—*Contrà*, Rouen, 8 févr. 1841, S. V., 41, 2, 245.]

[20] [Sur la procédure à suivre en ce cas en matière de séparation de corps, V. *inf.*, § 155.]

[1] [Ces fins de non-recevoir sont également applicables à la demande en séparation de corps, Trèves, 8 janv. 1808 ; Paris, 28 janv. 1822 ; Toullier, 2, n. 761; Duranton, 2, n. 563 et s.; Valette sur Proudhon, 1, p. 552; Massol, p. 69, n. 1; Demolombe, 4, n. 402 ; Marcadé, sur l'art. 307.]

être opposées à la demande[2], et cela même dans le cas où elle est fondée sur le motif de l'article 232[3]. — Lorsque cette exception est suffisamment établie, la demande doit être rejetée, soit que la réconciliation ait été expresse ou tacite[4], soit qu'elle ait eu lieu avant ou pendant l'instance[5], pourvu toutefois que les faits sur lesquels se fonde la demande aient été connus du demandeur à l'époque de la réconciliation ou de la renonciation[6], art. 272, 273.

La preuve de la réconciliation et de la renonciation se fait par les voies ordinaires, art. 274. Elle peut aussi être faite par l'aveu du demandeur et par le serment[7], arg. art. 274.

Lorsque la demande a été écartée par l'exception de la réconciliation, et que le défendeur se rend par la suite coupable de nouveaux griefs pouvant servir de fondement à une nouvelle demande, le demandeur peut invoquer à l'appui de cette nouvelle demande, non-seulement les nouveaux griefs, mais encore les anciennes causes que la réconciliation avait éteintes[8], art. 273. L'époux demandeur en divorce peut également se servir des actes qu'il a pardonnés à l'autre époux, lorsque, après la réconciliation, et avant qu'il eût déjà intenté l'action en divorce, il demande le divorce pour des faits nouveaux[9].

2° L'exception de prescription peut aussi être opposée à l'action en divorce. Le Code civil ne fixant aucun délai particulier

[2] Bien que les art. 272-274 ne parlent que de la *réconciliation*, ils doivent s'appliquer également à la renonciation, car la réconciliation n'est une fin de non-recevoir que parce qu'elle implique une renonciation.

[3] Les art. 272-274 n'exceptent pas ce cas de la règle générale, et il n'y a dans la nature de cette cause de divorce aucune raison justificative de cette exception. — *Contrà*, Locré, sur l'art. 272. [V. le paragraphe qui précède, note 2.]

[4] La question de savoir de quels faits résulte une réconciliation est remise à l'appréciation du juge, Cass., 4 avril 1808, [15 mai 1808, 15 juin 1836, S. V., 37, 1, 89; Duranton, 2, n. 570; Demolombe, 4, n. 402; Marcadé, sur l'art. 307.] On ne pourrait donc se fonder sur ce qu'une réconciliation a été de courte durée, pour soutenir qu'il n'y a pas eu réconciliation, Cass., 8 déc. 1832, S. V., 33, 1, 528.

[5] [Demolombe, 4, n. 407.] Ainsi cette exception peut être proposée en tout état de cause; [et même quoique le défendeur qui l'oppose soit déchu du droit de faire la contre-enquête sur les faits articulés à l'appui de la demande, V. Pr., art. 256 : l'exception de réconciliation n'a pas le même but que la contre-enquête. — *Contrà*, Aix, 21 déc. 1831, S. V, 33, 2, 518.]

[6] Limoges, 21 mai 1835, S. V., 35, 2, 469; [Massol, p. 67, n. 2; Demolombe, 4, n. 406.]

[7] Trèves, 28 mai 1813; [Demolombe, 4, n. 420. — Mais le serment ne peut plus être déféré sur le point de savoir s'il y a réconciliation, quand un arrêt passé en force de chose jugée a décidé qu'il n'y avait pas réconciliation, Cass., 22 août 1822.]

[8] Les nouveaux faits doivent avoir une certaine importance; cependant il n'est pas nécessaire qu'ils soient assez graves en eux-mêmes pour faire accueillir le divorce, il suffit que, réunis aux plus anciens, ils aient cet effet, [Cass., 2 mars 1808; Trèves, 28 mai 1813; Duranton, 2, n. 566; Massol, p. 70, n. 5; Demolombe, 4, n. 423. — Il n'est pas nécessaire non plus que les faits nouveaux soient de même nature que les faits anciens, Toulouse, 30 janv. 1821; mêmes autorités.]

[9] Trèves, 8 juill. 1813.

pour la durée de cette action, elle ne se prescrit que par trente ans [10], art. 2262.

3° L'exception tirée de ce que l'époux demandeur aurait lui-même provoqué l'acte répréhensible sur lequel se fonde son action, par exemple l'adultère de la femme, peut aussi devenir une fin de non-recevoir contre la demande [11].

4° L'exception de compensation ne peut être opposée à l'action en divorce, en ce sens qu'elle doive faire prononcer le rejet de la demande [12]; mais elle peut servir en ce sens que la cause de divorce alléguée comme prétexte de compensation doit être prise en considération dans l'appréciation des faits sur lesquels se fonde la demande, par exemple pour déterminer la gravité des injures et des mauvais traitements [13], et aussi dans le règlement des intérêts des époux après la prononciation du divorce [14], art. 299 et suiv.

§ 140. *Par qui peut être demandé le divorce* [1].

L'action en divorce ne peut être intentée que par un époux contre l'autre époux [2]. Elle ne peut l'être ni par ni contre leurs héritiers et ayants droit [3]. Cependant la demande formée par l'un

[10] [Rennes, 28 déc. 1825.] La question ne peut, à raison de l'exception tirée de la réconciliation. se présenter fréquemment dans la pratique. — L'art. 277 n'est pas applicable au divorce pour cause déterminée, Trèves, 28 mai 1813.

[11] Vazeille, 2, 584; [Merlin, *Quest.*, v° *Adultère*, § 9; Demolombe, 4, n. 415. Le consentement de l'époux au fait coupable de son conjoint est une renonciation anticipée.]

[12] [La question de savoir si des torts réciproques produisent une compensation d'où résulte une fin de non-recevoir contre la demande en divorce ou en séparation de corps est une question d'appréciation abandonnée au pouvoir du juge. Les torts réciproques ne sont pas une fin de non-recevoir nécessaire : cependant ils peuvent être de telle nature qu'ils se neutralisent les uns les autres. La majorité des auteurs refuse donc en principe aux torts réciproques l'effet d'une compensation extinctive de l'action, sauf l'appréciation des circonstances relativement à l'influence de ces torts sur leur gravité respective. V. Merlin, *Quest.*, v° *Adultère*, § 8; Favard, v° *Séparation;* Toullier, 2, n. 764; Demolombe, 4, n. 415; Marcadé, sur l'art. 307; V. aussi Poitiers, 10 vent. an XI; Paris, 27 flor. an XIII et 6 avril 1811; Orléans, 16 août 1820; Cass., 9 mai 1821 et 10 juin 1824; Rennes, 28 déc. 1825. — Toutefois des auteurs et des arrêts se sont prononcés d'une manière plus ou moins absolue dans le sens de la fin de non-recevoir. V. Duranton, 2, n. 574; Massol, p. 85, n. 13; Cass., 7 niv. an VII et 14 prair. an XIII; Turin, 23 mess. an XII; Metz, 7 mai 1807; Angers, 3 juin 1813; Toulouse, 9 janv. 1824. — Mais, loin qu'on doive voir dans des torts réciproques une fin de non-recevoir absolue, nous pensons que ces torts réciproques, de même qu'en certains cas ils peuvent se neutraliser, peuvent dans d'autres cas autoriser les tribunaux à prononcer le divorce ou la séparation de corps sur la demande des deux parties, Demolombe, 4, n. 416.]

[13] [V. la note qui précède.]

[14] V. Merlin, *Rép.*, v° *Adultère.;* L. 39, Dig , *Solut. matrim.*

[1] [Les règles contenues dans ce paragraphe sont applicables à la séparation de corps.]

[2] [Mais elle leur appartient à tous les deux, contrairement à l'ancien droit qui, sauf le cas d'adultère, n'accordait qu'à la femme l'action en séparation de corps ou d'habitation. V. Pothier, *Du mariage*, n. 509 et s.]

[3] [C'est là une action exclusivement attachée à la personne; mais le tuteur

des époux contre l'autre peut être reprise soit par, soit contre les héritiers et ayants droit de l'un des époux décédé, au point de vue des intérêts pécuniaires subordonnés à l'issue de l'action[4], art. 299. Mais comme alors l'intérêt pécuniaire des héritiers ou ayants droit se trouve seul engagé, il suffit, pour mettre fin à leur poursuite, de donner satisfaction à l'intérêt qui sert de base à leur action.

§ 141. *De la procédure*[1].

Il faut distinguer, dans la procédure à suivre en matière de divorce, le cas où le divorce est demandé pour une des causes mentionnées aux art. 229, 230 et 231, de celui où il est demandé pour la cause mentionnée dans l'article 232. Le Code civil prescrit une procédure particulière pour l'un et l'autre cas. Cependant la procédure tracée pour la première hypothèse constitue seule une procédure dans le sens propre du mot. Car si le divorce est demandé par application de l'article 232, il s'agit seulement de mettre à exécution, pour lui assurer ses effets civils, le jugement rendu au criminel ; et il suffit alors que le demandeur présente au tribunal, avec une requête, les actes dont il a été fait mention *sup.*, § 138, art. 234. Sur le vu de la requête et des pièces à l'appui, le tribunal peut prononcer immédiatement le divorce, sans qu'il soit nécessaire d'appeler l'époux défendeur[2], art. 261. Les règles de procédure qui vont être tracées ne s'appliquent donc qu'aux demandes fondées sur des causes se rapportant aux art. 229, 230 et 231.

peut former la demande au nom de l'époux interdit, Colmar, 16 fév. 1832, S. V., 32, 2, 612 ; Paris, 21 août 1841, S. V., 41, 2, 488 ; Massol, p. 26, n. 5 ; Demolombe, 4, n. 428.]

[4] L'action ne passe aux héritiers que comme *actio præparata*. On doit supposer que l'époux décédé avant d'avoir intenté l'action a pardonné à son conjoint; mais s'il l'a intentée avant son décès, elle passe aux héritiers à titre d'*actio præparata*, parce qu'alors on ne peut pas dire qu'il y ait eu pardon ou réconciliation. C'est, du reste, ce que décidait l'ancienne jurisprudence. [On peut voir sur l'ancienne jurisprudence Rousseau de Lacombe, v° *Séparation*, 1re part., n. 21 ; Poulain-Duparc, 5, p. 281 ; Fournel, *De l'adultère*, ch. 2, § 5, p. 40 ; Merlin, *Rép.*, v° *Séparat. de corps*, § 4, n. 5, qui tous citent divers arrêts du Parlement de Paris.—Bien que sous le Code un certain nombre d'auteurs aient suivi les errements de l'ancienne jurisprudence, adoptés ci-dessus dans le paragraphe, V. Pigeau, *Proc. civ.*, 1, p. 420 ; Delvincourt, 1, p. 189 ; Duranton, 2, n. 580 ; Vazeille, 2, n. 585 ; Chauveau sur Carré, n. 2985 *bis* ; néanmoins nous croyons que cette opinion doit être rejetée, et qu'on ne peut reconnaître aux héritiers, auxquels on refuse avec raison le droit d'intenter l'action et de la suivre pour le principal, celui de la suivre pour les accessoires qui dépendent du principal et ne peuvent être jugés sans lui. V. en ce dernier sens, Cass., 5 fév. 1851, S. V., 51, 2, 81 ; Massol, p. 22, n. 4 ; Toullier, 1, p. 368 ; Marcadé, sur l'art. 307 ; Demolombe, 4, n. 429, et Devilleneuve, sur l'arrêt précité.]

[1] [Sur l'application à la séparation de corps de la procédure du divorce, V. *inf.*, § 155.]

[2] Toullier, 2, n. 681.—Les art. 262-268 sont également applicables dans ce cas.

Le Code civil, auquel l'art. 881 du Code de procédure renvoie purement et simplement, indique une forme de procédure spéciale pour les instances en divorce. Cette procédure spéciale a un triple but, celui d'amener et d'exhorter en quelque sorte les parties à peser avec maturité les conséquences de la demande, de fournir au juge l'occasion de les concilier, et de prévenir toute espèce de collusions [3]. Les dispositions de cette procédure spéciale et celles qui rentrent dans les règles générales de la procédure doivent être observées à peine de nullité, et avec d'autant plus de raison que les divorces ne doivent pas être favorisés.

Les règles de procédure tracées par le Code civil ne peuvent s'interpréter par les règles de droit commun, la procédure de divorce étant et devant être une procédure spéciale [4]. Ce principe ne souffre d'exception que dans les cas où le Code civil, dans le titre du *Divorce*, renvoie lui-même au droit commun. Au surplus, il n'est pas douteux que celui qui s'est désisté d'une demande en divorce, à cause de la nullité de la procédure, peut en former une nouvelle, fondée sur la même cause [5].

§ 142. *Suite de la procédure.—Du jugement* [1].

La demande en divorce doit être portée au tribunal de première instance de l'arrondissement dans lequel les époux ont leur domicile [2], art. 108 et 234. V. Pr., art. 1004.

Si quelques-uns des faits allégués par l'époux demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, l'action en divorce restera suspendue jusqu'après le jugement au criminel; alors elle pourra être reprise, même dans le cas d'acquittement du défendeur [3], sans qu'il soit permis d'inférer de l'arrêt aucune exception préjudicielle, art. 235.

[3] Locré, sur l'art. 236 et s.

[4] Ainsi le Code civil est seul à consulter pour interpréter et éclairer les dispositions en cette matière. V. Locré, sur l'art. 234 et s. Quelques auteurs soutiennent l'opinion contraire; le plus grand nombre cependant avec cette restriction, que l'on ne peut déclarer nulle une instance en divorce par application d'une disposition du Code de procédure, Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*; Cass., 13 déc. 1808.

[5] Cass., 10 mai 1809; Paris, 18 mars 1811, et Limoges, 2 juillet 1810. [Il en serait de même en matière de séparation de corps.]

[1] [Même observation qu'à la note 1 du paragraphe précédent.]

[2] Ce tribunal est aussi compétent pour statuer sur les conséquences du divorce, par exemple, sur le partage de la communauté, Cass., 28 mars 1808. — La question de savoir si la femme peut aussi, dans le cas de l'art. 310, être actionnée devant le tribunal du domicile du mari, dépend de celle de savoir si la femme perd le domicile du mari (art. 108) par la séparation de corps. V. ci-dessus, § 89, note 4; Proudhon, 1, p. 288; Toullier, 2, n. 679.

[3] Si le défendeur a été condamné au criminel, les faits constatés par le jugement, et qui ont motivé l'application d'une peine, sont considérés comme prouvés dans l'instance en divorce. Mais

La demande détaillera les faits sur lesquels elle repose, dans le but, d'une part, d'instruire convenablement le président du tribunal de l'état de l'affaire, d'autre part, de mettre l'époux défendeur à même de s'expliquer sur les faits qui lui sont reprochés, art. 236 [4]. Cependant on peut aussi, en statuant définitivement sur la demande, prendre en considération des faits non articulés, si ces faits sont d'une date postérieure à la demande, ou si les témoins ont été entendus sur ces faits, du consentement de l'époux défendeur [5].

La demande écrite, avec les pièces à l'appui, s'il y en a, doit être remise au président du tribunal, ou au juge qui en fait les fonctions, par l'époux demandeur, en personne [6], à moins qu'il n'en soit empêché par maladie; auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le président, ou le juge qui le remplace, se transportera au domicile du demandeur pour y recevoir sa demande avec les pièces à l'appui, art. 236. Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croira convenables, spécialement pour le détourner de donner suite à sa demande, paraphera cette demande et les pièces, et dressera procès-verbal de la remise du tout entre ses mains. Ce procès-verbal sera signé par le juge et par le demandeur, à moins que celui-ci ne sache ou ne puisse signer; auquel cas il en sera fait mention, art. 237. — Au bas de ce procès-verbal, le juge ordonnera aux parties de comparaître en personne devant lui [7], au jour et à l'heure qu'il indiquera; et, à cet effet, copie de son ordonnance sera par lui adressée à la partie contre laquelle le divorce est demandé [8], art. 238.

Au jour indiqué, le juge [9] fera aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il est seul comparant [10], les représentations qu'il croira propres à opérer un rapprochement. Les parties doivent se présenter en personne, et sans pouvoir être assistées de leurs conseils ou de leurs avoués. Si cette tentative de concilia-

le juge a toujours au civil le droit d'examiner si les faits sont suffisants pour faire prononcer le divorce, Locré et Delvincourt, sur l'art. 235.

[4] Limoges, 2 juill. 1810.

[5] Cass., 26 mai 1807.

[6] *En personne.* — L'art. 237 contient le motif de cette disposition. — L'absence motivée sur un service public, *absentia reipublicæ causâ*, ne suffirait pas pour motiver une exception à la règle, Disc. sur l'art. 236.

[7] Dans la Chambre du conseil ou au domicile du juge.

[8] Pour éviter ce qui pourrait ajouter à l'irritation des parties, la loi n'a pas voulu qu'il y eût citation formelle de comparaître, Toullier, 2, n. 684.

[9] Besançon, 16 août 1811.

[10] Si le demandeur ne se présente pas, l'action est considérée comme retirée.

tion ne réussit pas, le juge en dressera procès-verbal, et ordonnera la communication de la demande et des pièces au ministère public, et le référé du tout au tribunal, art. 239.

Dans les trois jours qui suivront [11], le tribunal, sur le rapport du président ou du juge qui en aura fait les fonctions, et sur les conclusions du ministère public, accordera ou suspendra, s'il conserve l'espoir d'un rapprochement, la permission de citer. Cette suspension ne pourra excéder le terme de vingt jours. Si le tribunal a suspendu la permission de citer, le demandeur, après l'expiration du délai légal, devra de nouveau solliciter cette permission, qui alors lui sera immédiatement accordée [12], art. 240.

Le demandeur, en vertu de la permission du tribunal, fera citer le défendeur, dans la forme ordinaire, à comparaître en personne à l'audience [13], à huis clos, dans le délai de la loi ; en même temps il fera donner copie, en tête de la citation, de la demande en divorce et des pièces produites à l'appui, art. 241. A l'échéance du délai, soit que le défendeur comparaisse ou non, le demandeur en personne, assisté d'un conseil [14], s'il le juge à propos, exposera ou fera exposer par son conseil les motifs de sa demande; il présentera les pièces qui l'appuient, et nommera les témoins qu'il se propose de faire entendre, art. 242. Si le défendeur comparaît en personne ou par un fondé de pouvoir [15], il pourra proposer ou faire proposer ses observations, tant sur les motifs de la demande que sur les pièces produites par le demandeur, et sur les témoins par lui désignés. Le défendeur désignera de son côté les témoins qu'il se propose de faire entendre, et sur lesquels de son côté le demandeur présentera ou fera présenter ses observations, art. 243. Il sera dressé procès-verbal des comparutions, dires et observations des parties, ainsi que des aveux que l'une ou l'autre pourra faire. Lecture de ce procès-verbal sera donnée auxdites parties, qui seront requises de le signer ; et il sera fait mention expresse de leur signature, ou de leur déclaration de ne pouvoir ou ne vouloir signer, art. 244.

Le tribunal renverra en même temps les parties à l'audience publique [16], dont il fixera le jour et l'heure ; il ordonnera la communication de la procédure au ministère public, et commettra un

[11] Ce délai n'est fixé que pour le juge. Il n'est donc pas prescrit à peine de nullité.

[12] Besançon, 16 août 1811.

[13] Sans préliminaire de conciliation, Delvincourt, sur l'art. 241.

[14] Mais non de plusieurs conseils, Rouen, 17 mars 1808.

[15] Il n'est pas nécessaire que le fondé de pouvoir ou que le conseil soit un avoué.

[16] Les plaidoiries peuvent avoir lieu à huis clos, de l'ordre exprès du juge, Cass., 13 déc. 1808.

rapporteur. Dans le cas où le défendeur n'aurait comparu ni en personne, ni par un fondé de pouvoir, le demandeur sera tenu de lui faire signifier l'ordonnance du tribunal, dans le délai qu'elle aura déterminé [17], art. 245.

Au jour et à l'heure indiqués, sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera d'abord sur les fins de non-recevoir, s'il en a été proposé soit contre la procédure, soit contre la demande, sans s'occuper du point de savoir si les faits articulés peuvent ou non être prouvés [18]. Si les exceptions sont admises, la demande en divorce sera rejetée : dans le cas contraire, ou s'il n'a pas été proposé des fins de non-recevoir, la demande en divorce sera admise, art. 246.

Immédiatement après, et sur le rapport du juge commis, le ministère public entendu, le tribunal statuera au fond, et sur les exceptions relatives au fond. Suivant les circonstances, il statuera définitivement, par exemple en rejetant la demande, si, d'après les aveux des parties, la demande n'est pas fondée, ou si l'exception de la réconciliation a pu être établie ; ou bien il statuera interlocutoirement en admettant le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués, et le défendeur à la preuve de ses exceptions, sous réserve de la preuve contraire, art. 247.

A chaque acte de la cause, les parties pourront, après le rapport du juge, et avant que le ministère public ait pris la parole, proposer ou faire proposer leurs moyens respectifs, d'abord sur les fins de non-recevoir, et ensuite sur le fond ; mais il faut que le demandeur, sous peine de déchéance de sa demande [19], comparaisse en personne ; son conseil n'est admis que s'il est lui-même présent, art. 248.

Aussitôt après la prononciation du jugement qui ordonnera les enquêtes, le greffier du tribunal donnera lecture de la partie du procès-verbal mentionné à l'art. 244, qui contient la nomination déjà faite des témoins que les parties se proposent de faire entendre. Elles seront averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues, art. 249. Les parties proposeront de suite leurs reproches respectifs contre les témoins qu'elles voudront écarter.

[17] Si les deux parties sont présentes, le prononcé de l'ordonnance vaut signification, Delvincourt, sur l'art. 245.

[18] Par fins de non-recevoir on comprend ici aussi bien les fins de non-procéder, par exemple, l'*exception d'incompétence*, que les fins de non-recevoir proprement dites, par exemple, l'exception du défaut de cause légale de divorce ou la non-pertinence des faits articulés. Mais il ne paraît pas que l'exception de réconciliation puisse alors être proposée, à moins qu'elle ne soit déjà prouvée par les aveux du demandeur.

[19] En sens contraire, Locré, sur l'art. 248.

Le tribunal statuera sur ces reproches, après avoir entendu le ministère public, et il le fera séance tenante, à moins que l'appréciation des reproches ne dépende des dépositions des témoins eux-mêmes, art. 250. L'admissibilité des témoins proposés doit être appréciée d'après les principes du droit commun. V. art. 283, 285. Cependant les parents des parties, à l'exception de leurs enfants et descendants, ne sont pas reprochables du chef de la parenté, non plus que les domestiques des époux, en raison de cette qualité ; mais le tribunal aura tel égard que de raison aux dépositions des parents et des domestiques [20], art. 251.

Tout jugement qui admettra une preuve testimoniale dénommera les témoins qui seront entendus, et déterminera le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter [21], art. 252.

Les dépositions des témoins seront reçues par le tribunal séant à huis clos [22], dans la salle d'audience [23], en présence du ministère public, des parties et de leurs conseils ou amis, jusqu'au nombre de trois de chaque côté, art. 253. Les parties, par elles-mêmes ou par leurs conseils, pourront faire aux témoins telles observations et interpellations qu'elles jugeront à propos, sans pouvoir néanmoins les interrompre dans le cours de leurs dépositions, art. 254. Chaque déposition sera rédigée par écrit, ainsi que les dires et observations auxquels elle aura donné lieu. Le procès-verbal d'enquête sera lu tant aux témoins qu'aux parties : les uns et les autres seront requis de le signer ; et il y sera fait mention de leur signa-

[20] Les enfants ne peuvent sous aucun prétexte être entendus. [Décidé cependant que les enfants issus d'un premier mariage de l'un des époux peuvent être entendus, Rennes, 22 janv. 1840, S. V., 40, 2. 149. — De même que l'enfant adoptif, Massol, p. 123. — D'après cet auteur, *ibid.*, on ne peut entendre l'enfant naturel de l'un des époux, bien que cependant l'enfant naturel, n'étant pas l'enfant des deux époux, se trouve dans le même cas que l'enfant issu d'un premier mariage. — Il a été également jugé qu'à l'exception des descendants des parties, tous autres témoins peuvent être entendus, et que l'art. 251 déroge aux règles ordinaires de la procédure, non-seulement pour les parents et les domestiques, mais encore pour tous les témoins que le Code de procédure déclare reprochables à d'autres titres. V. Cass., 8 juill. 1813. Mais cette interprétation extensive de l'article 251 ne doit pas être suivie, Duranton, 2, n. 607; Demolombe, 4, n. 480. — Il est du reste à observer que l'art. 251 est applicable en matière de séparation de corps, parce qu'il tient moins à la forme de procéder qu'à la justification de la demande, et qu'il y a parité de raison pour entendre en matière de séparation de corps comme en matière de divorce les témoins qui, admis par position dans l'intimité des parties, sont à même plus que tous autres de déposer sur les faits qui, le plus ordinairement, se passent dans cette intimité, Paris, 7 août et 12 déc. 1809; Cass., 8 mai 1810; Amiens, 5 juill. 1821; Nancy, 7 juill. 1827 ; Toullier, 2, n. 769 ; Proudhon, 1, p. 337; Duranton, 2, n. 607 ; Massol. p. 116, n. 19 ; Marcadé, sur l'art. 307; Demolombe, 4, n 479.]

[21] Ainsi les art. 263, 264 Pr. ne sont pas applicables à cette procédure.

[22] Elles ne peuvent être reçues ni par un juge commissaire, ni par un autre tribunal rogatoirement commis.

[23] Colmar, 22 avril 1807.

ture, ou de leur déclaration qu'ils ne peuvent ou ne veulent signer[24], art. 255.

Après la clôture des deux enquêtes, ou de celle du demandeur si le défendeur n'a pas produit de témoins, le tribunal renverra les parties à l'audience publique (V. cep. note 16), dont il indiquera le jour et l'heure; il ordonnera en même temps la communication de la procédure au ministère public, et commettra un rapporteur. Cette ordonnance sera signifiée au défendeur, à la requête du demandeur, dans le délai qu'elle aura déterminé[25], art. 256. Au jour fixé pour le jugement définitif, le rapport sera fait par le juge commis : les parties pourront ensuite faire, par elles-mêmes ou par l'organe de leurs conseils, telles observations qu'elles jugeront utiles à leur cause ; après quoi le ministère public donnera ses conclusions, art. 257. Le jugement définitif sera prononcé publiquement. S'il admet le divorce, le demandeur sera autorisé à se rendre devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer, art. 258. V. § 146.

Lorsque la demande en divorce a été formée pour cause d'excès, de sévices ou d'injures graves, les juges peuvent, encore qu'elle soit établie, ne pas admettre immédiatement le divorce, mais prononcer provisoirement une séparation de corps entre les époux[26]. Toutefois, le tribunal ne doit user de cette faculté qu'autant qu'il est permis d'espérer une réconciliation entre les époux. Dans ce cas, il donnera à la femme l'autorisation ou l'ordre[27], en ajournant sa décision définitive, de quitter le domicile de son mari, et condamnera le mari à lui payer une pension alimentaire proportionnée à ses facultés, si la femme n'a pas elle-même des revenus suffisants pour subvenir à ses besoins, art. 259. Après une année d'épreuve, si les parties ne se sont pas réunies, l'époux demandeur pourra faire citer l'autre époux à

[24] Ces dispositions doivent être observées à peine de nullité, et la nullité doit être prononcée même d'office, Nancy, 15 avril 1813. — Il n'est pas nécessaire que les témoins soient entendus séparément. — *Contrà*, même arrêt. Comment, si une enquête est déclarée nulle, est-il procédé à une nouvelle? V. Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*, sect. 4, § 13, n. 3.

[25] Cette signification est nécessaire même dans le cas où l'ordonnance a été rendue en présence du défendeur. V. cependant Bruxelles, S. V., 5, 2, 38 (arrêt sans date).

[26] La disposition dont il est question à l'art. 259 est, d'après sa nature, une séparation de corps temporaire, *separatio à thoro et mensâ temporaria*, bien que dans l'article elle ne porte pas ce nom. On ne doit cependant pas attribuer à cette séparation de corps les effets attachés par la loi à la séparation de corps proprement dite : elle fait seulement cesser l'*obligatio ad mutuam vitæ consuetudinem et ad mutuum adjutorium*. [Sur le point de savoir si cette séparation provisoire peut avoir lieu en matière de séparation de corps, V. *inf.*, § 155.]

[27] Notamment selon que c'est la femme ou le mari qui forme la demande. L'article ne parle que d'autorisation, parce que le projet n'accordait l'action pour cause de sévices qu'à la femme, Locré, sur l'art, 259.

comparaître au tribunal, pour y entendre prononcer le jugement définitif, qui, pour lors, admettra le divorce, art. 259, 260.

Les seules voies de droit auxquelles on puisse recourir en matière de divorce sont celles de l'appel et du pourvoi en cassation [28]. La voie de l'appel est ouverte tant contre le jugement qui admet la demande, que contre le jugement définitif; mais elle n'est ouverte que contre l'un ou l'autre de ces jugements [29], art. 262. L'appel ne sera recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les trois mois à compter du jour de la signification du jugement rendu contradictoirement ou par défaut, art. 263. La cause sera instruite et jugée en appel comme affaire urgente, art. 262, et conformément d'ailleurs aux règles de la procédure ordinaire. Si donc l'appel a été formé contre le jugement d'admission, la Cour ne pourra connaître que de l'admissibilité de la demande [30]. Si, au contraire, l'appel est dirigé contre le jugement définitif, elle pourra ordonner que les témoins désignés soient de nouveau entendus [31].

Le délai pour se pourvoir en cassation sera le même que celui de l'appel [32]. Par exception, le pourvoi en matière de divorce est suspensif [33], art. 263.

L'acquiescement de la partie qui succombe ne peut être opposé, comme fin de non-recevoir, ni à l'appel, ni au pourvoi en cassation, à moins que, d'après les circonstances, cet acquiescement ne puisse être considéré comme une réconciliation des époux [34].

§ 143. *Des mesures judiciaires qui peuvent être prises pendant l'instance en divorce* [1].

Les conséquences juridiques du mariage sont en général maintenues pendant la durée de l'instance en divorce. Ainsi la femme continue d'avoir besoin, pour agir ou contracter, de l'autorisation

[28] Le Code n'indique que ces voies de recours contre le jugement qui admet le divorce. V. Paris, 21 juill, 1809, et les observations du Tribunat sur les art. 262 et 263.— Des auteurs complètent sous ce rapport le Code Napoléon par le Code de procédure, et admettent contre les jugements de divorce toutes les voies de recours ouvertes par le droit commun. V. Paris, 9 juill. 1814.

[29] Angers, 5 mai 1808; V. cependant Maleville, sur l'art. 262.

[30] Cass., 3 juill. 1806.

[31] Cass., 26 mai 1807.

[32] Sans distinction entre les jugements contradictoires et les jugements par défaut.

[33] [Cet effet suspensif n'est pas applicable en matière de séparation de corps, Bordeaux, 27 mess. an XIII; Duranton, 2, n. 605; Demolombe, 4, n. 492.]

[34] Toullier, 2, n. 698.

[1] [Ces mesures peuvent en général être prises en matière de séparation de corps, Marcadé, sur l'art. 307; Demolombe, 4, n. 449 et s. V. les notes suivantes de ce paragraphe, et *inf.*, § 155.]

de son mari[2]; ainsi encore elle est tenue, comme auparavant, de subvenir aux besoins de son mari, dans la proportion de ses moyens de fortune, si le mari est hors d'état d'y pourvoir par lui-même[3].

Cependant l'administration provisoire des enfants doit rester confiée au mari, demandeur ou défendeur en divorce, à moins que, dans l'intérêt des enfants[4], il n'en soit ordonné autrement par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille ou du ministère public, art. 267.

La femme, demanderesse ou défenderesse, peut, pendant l'instance[5], quitter le domicile du mari sans avoir besoin d'en demander l'autorisation au tribunal[6], et, après l'avoir quitté[7], réclamer du mari une pension alimentaire, proportionnée à ses besoins[8] et aux facultés de ce dernier[9]. De même le mari, demandeur ou défendeur, est fondé, de son côté, à requérir du tribunal[10] l'éloignement de sa femme, à la condition de lui fournir une pension alimentaire en cas de besoin. Mais, dans l'un et dans l'autre cas, le tribunal doit déterminer la maison dans laquelle la femme sera tenue de résider, et fixera la provision alimentaire que le mari sera obligé de lui payer, art. 268. La femme sera tenue de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, toutes les fois qu'elle en sera requise; à défaut de cette justification, le mari pourra refuser la provision alimentaire, et, si la femme est demanderesse en divorce, la faire déclarer non recevable à continuer ses poursuites[11], art. 269.

La femme mariée sous le régime de la communauté légale ou

[2] Cass., 11 juill. 1809. [Il en est indubitablement ainsi, et à plus forte raison en matière de séparation de corps, puisque, même après la séparation prononcée, l'autorisation du mari est nécessaire à la femme, Cass., 6 mars 1827, et 13 nov. 1844, S. V., 45, 1, 46; Duranton, 2, n. 453; Massol, p. 258.]

[3] Locré, sur l'art. 268.

[4] [La femme peut obtenir la garde et l'administration provisoire des enfants pendant l'instance en séparation de corps, comme pendant l'instance en divorce, Bruxelles, 27 germ. an XIII, et 8 mai 1807; Rennes, 31 juill. 1811; Duranton, 2, n. 616; Vazeille, 2, n. 572; Massol, p. 151, n. 2. — Bien que cette mesure ne puisse être ordinairement ordonnée que par le tribunal, cependant, dans les cas d'urgence elle peut être ordonnée par le président seul, en référé, Debelleyme, *Ordonnances*, 1, p. 64; Demolombe, 4, n. 452.]

[5] [Sur ce qui a lieu en matière de séparation de corps, en ce qui concerne la retraite de la femme et les conséquences de la retraite, V. *inf.*, § 155.]

[6] Locré, sur l'art. 268; Aix, 29 frim. an XIII.

[7] Le mari ne saurait se décharger de l'obligation de fournir une provision à sa femme par l'offre de la recevoir chez lui.

[8] Locré, sur l'art. 268; Paris, 13 frim. an XIV.

[9] Cette pension peut être demandée en appel, Bordeaux, 3 janv. 1826; [Dijon, 10 mars 1841, S. V., 41, 2, 355; Massol, p. 159, n. 11; Demolombe, 4, n. 459.] — Le mari peut être également tenu d'avancer à sa femme une provision pour les frais du procès.

[10] Locré, sur l'art. 268.

[11] Cependant il est juste d'avoir égard aux diverses circonstances de l'affaire, Paris, 10 vent. an XII; Cass., 14 mars 1816.

conventionnelle[12], demanderesse ou défenderesse, peut, à partir de l'ordonnance dont il est fait mention en l'art. 238, et en tout état de cause, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté[13]. Ces scellés ne peuvent être levés malgré l'opposition de la femme qu'à la condition de procéder à l'inventaire et avec prisée du mobilier; et à la charge, par le mari, de représenter en nature les choses inventoriées, comme un gardien judiciaire[14], ou de garantir la restitution de leur valeur[15], art. 270. V. art. 2060. La femme peut prendre ces mesures conservatoires lors même qu'il n'y a pas communauté de biens entre les époux, si le mari a la jouissance de tous les biens ou d'une partie des biens de la femme[16].

Les obligations dont le mari a grevé la communauté depuis le commencement de l'instance, les aliénations faites par lui des immeubles de la communauté, peuvent, lorsque le mari a évidemment agi pour faire fraude aux droits de la femme, être attaquées par elle en nullité[17], art. 271. V. cependant art. 2279.

§ 144. *De la cause particulière de divorce mentionnée dans l'article* 310.

Lorsque la séparation de corps (V. *inf.*, chap. 2) aura duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce que le tribunal admettra si l'époux demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation. Toutefois le divorce ne peut être demandé si la séparation de corps a eu lieu pour cause d'adultère de la femme, art. 310. La séparation de corps n'ayant été

[12] Maleville et Delvincourt, sur l'art. 270.

[13] [Sur l'application de cette règle à la séparation de corps, V. *inf.*, § 155.]— La femme ne peut requérir d'autres mesures de sûreté; ainsi elle ne peut demander ni le séquestre, Paris, 29 niv. an XI; Liège, 13 janv. 1809; ni une caution. [V. cependant Demolombe, 4, n. 465.]

[14] Par suite il ne peut aliéner, excepté dans le cas où l'aliénation peut être considérée comme un acte d'administration, Delvincourt, sur l'art. 270; Bruxelles, 11 août 1808; [Rennes, 24 déc. 1819, et 3 juill. 1841, S. V., 41, 2, 548.]

[15] Sur le droit de la femme de s'opposer à la levée des scellés, V. Delvincourt, sur l'art. 270.

[16] Delvincourt, *loc. cit.* [Ajoutons que le mari peut requérir l'apposition des scellés chez la femme, s'il prétend qu'elle a soustrait des effets de la communauté, comme la femme peut faire apposer les scellés chez son mari, Vazeille, 2, n. 573; Massol, p. 170, n. 19; Demolombe, 4, n. 469. Mais nous croyons que ce droit n'étant pas accordé au mari par une disposition expresse, il ne peut requérir l'apposition des scellés qu'avec l'autorisation du juge, accordée en référé, sur la justification faite par le mari des soustractions commises par la femme, Paris, 17 janv. 1823.—*Contrà*, Angers, 16 juill. 1817; Demolombe, 4, n. 470. —Dans la pratique, l'usage est même de recourir au président pour l'apposition des scellés sur les biens du mari à la requête de la femme, et cette pratique nous paraît bonne en ce qu'elle est de nature à empêcher des mesures purement vexatoires. V. Debelleyme, *Ordonn.*, p. 65 et 417.]

[17] Delvincourt, sur l'art. 271.

admise par le Code civil que par ménagement pour les opinions religieuses qui condamnent le divorce, le législateur n'a pas voulu, sauf dans le cas d'adultère, que l'époux originairement défendeur à la demande en séparation fût lié pendant toute sa vie par égard pour les opinions religieuses du demandeur[18].

SECTION II.—DU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

§ 145. *Conditions et formalités nécessaires pour son admission.*

Le divorce par consentement mutuel ne peut être admis si le mari a moins de vingt-cinq ans ou si la femme est mineure de vingt-un ans, art. 275. Il ne sera admis qu'après deux ans de mariage, art. 276; et ne pourra plus l'être après vingt ans de mariage, ni lorsque la femme aura quarante-cinq ans, art. 277.

Le consentement mutuel des époux devra être autorisé par leurs pères et mères[1], ou si ceux-ci sont décédés ou hors d'état de déclarer leur volonté[2], par leurs autres ascendants, suivant les règles prescrites par l'article 150, art. 278.

Les époux, déterminés à opérer le divorce par consentement mutuel, seront tenus de faire préalablement inventaire et estimation de tous leurs biens, meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs à l'amiable et par écrit[3], art. 279. L'obligation de faire inventaire et estimation des biens incombe aux époux d'une manière absolue, même dans le cas où ils sont séparés de biens[4]. Si les époux ont des enfants, ces enfants devront assister à ces arrangements préalables, s'ils sont majeurs; ou, s'ils sont mineurs, y être représentés par un tuteur *ad hoc*[5]. Les époux seront pareillement tenus de constater par écrit[6] leurs conventions sur les trois points qui suivent: 1° à qui les enfants, nés de leur union, seront confiés, soit pendant le temps des épreuves, soit après le divorce prononcé; 2° dans quelle maison

[18] Mais le demandeur originaire ne peut demander le divorce en raison de la même cause pour laquelle il a demandé et obtenu séparation de corps, Maleville, sur l'art. 310. [V. cependant Cass., 16 déc. 1811.]

[1] La règle posée par l'art. 148, d'après laquelle le consentement du père suffit, en cas de dissentiment entre lui et la mère, est ici sans application. Les autres ascendants doivent tous donner leur consentement dans l'ordre déterminé par l'art. 150, Toullier, 2, n. 716; Merlin, *Quest.*, v° *Divorce*; Cass., 3 oct. 1810.

[2] L'avis du Conseil d'Etat des 27 mess.-4 therm. an XIII, V. § 127, n'est pas applicable à ce cas, Maleville, sur l'art. 278. Il y a cependant une présomption légale pour le décès des ascendants du 3e degré, art. 283, n. 3.

[3] Sans pouvoir recourir aux tribunaux pour la discussion de leurs prétentions respectives, Locré et Maleville, sur l'art. 279.

[4] Merlin, *Quest.*, v° *Divorce*.

[5] Ce tuteur doit, comme tout tuteur, être nommé par le conseil de famille.

[6] Un acte sous seing privé peut suffire, art. 279, 280; Proudhon, 1, p. 310; Toullier, 2, n. 718.

la femme devra se retirer et résider pendant le temps des épreuves; 3° quelle somme le mari devra payer à sa femme pendant le même temps, si elle n'a pas des revenus suffisants pour fournir à ses besoins, art. 280.

Les époux se présenteront ensemble et en personne devant le président du tribunal civil de leur arrondissement, ou devant le juge qui en fera les fonctions, et ils lui feront la déclaration de leur volonté, en présence de deux notaires amenés par eux, art. 281. Le juge fera aux deux époux réunis, et à chacun d'eux en particulier, en présence de deux notaires, telles représentations et exhortations qu'il croira convenables; il leur donnera lecture du chapitre 4 du Code, qui règle les *effets du divorce*, et leur développera toutes les conséquences de leur démarche, art. 282. Si les époux persistent dans leur résolution, il leur sera donné acte par le juge de ce qu'ils demandent le divorce et y consentent mutuellement; et ils seront tenus de produire et de déposer à l'instant entre les mains des notaires les actes qui prouvent que le divorce par consentement mutuel peut être admis dans le cas particulier où ils se trouvent, et qu'il a été satisfait par eux aux prescriptions des art. 279 et 280. V. art. 283. Les notaires dresseront un procès-verbal détaillé de tout ce qui aura été dit et fait en exécution des art. 281-284. Dans ce procès-verbal il sera fait mention en même temps de l'avertissement, qui sera donné à la femme par le juge, de se retirer dans les vingt-quatre heures dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé [7], art. 294. La minute du procès-verbal, ainsi que les autres pièces qui doivent y être annexées, restera au plus âgé des deux notaires, art. 284. La déclaration ainsi faite sera renouvelée dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois qui suivront [8], en observant les mêmes formalités. Cependant les parties seront obligées chaque fois à rapporter la preuve par acte notarié que leurs pères, mères ou autres ascendants vivants, persistent dans leur première détermination, mais sans être tenus de répéter la production d'aucun autre acte [9], art. 285.

Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année, à compter

[7] *Quid*, si la femme quittait cette maison? Le tribunal peut dans ce cas rejeter, selon les circonstances, la demande en divorce. [V. *sup.*, § 143.]

[8] Pas plus tôt, pas plus tard, à peine de déchéance, Cass., 3 oct 1810 — Même en cas d'absence des père et mère, Merlin, *Quest.*, v° *Divorce*.

[9] Si les père et mère viennent à mourir sur les entrefaites, le consentement des ascendants du degré supérieur deviendra nécessaire. Peut-être cependant devrait-on décider que si les conjoints produisaient l'acte de décès, l'affaire pourrait suivre purement et simplement son cours.

de la première déclaration, art. 281, les époux, assistés chacun de deux amis, personnes notables dans l'arrondissement, âgés de cinquante ans au moins, se présenteront ensemble et en personne [10] devant le président du tribunal ou le juge qui en fera les fonctions; ils lui remettront les expéditions en bonne forme des quatre procès-verbaux contenant leur consentement mutuel et tous les actes qui y auront été annexés, et requerront du magistrat, chacun séparément, en présence néanmoins l'un de l'autre et des quatre notables, l'admission du divorce, art. 286. Si les époux, après les observations qui leur auront été faites de nouveau par le juge ainsi que par leurs amis, persistent encore dans leur résolution, le juge leur donnera acte de leur réquisition ainsi que de la remise par eux faite des pièces à l'appui. Le greffier du tribunal dressera de tout ce qui se sera passé un procès-verbal qui sera signé, tant par les parties, à moins qu'elles ne déclarent ne savoir ou ne pouvoir signer, auquel cas il en sera fait mention, que par les quatre amis, par le juge et par le greffier, art. 287. Le juge mettra de suite au bas de ce procès-verbal son ordonnance portant que, dans les trois jours, il sera par lui référé du tout au tribunal, en la Chambre du conseil, sur les conclusions par écrit du ministère public, auquel les pièces seront, à cet effet, communiquées par le greffier, art. 288.

Si le ministère public trouve dans les pièces la preuve qu'il a été en tous points satisfait à la loi, tant pour ce qui concerne les conditions du divorce que pour ce qui touche les formalités requises, il donnera ses conclusions en ces termes : *la loi permet*. Dans le cas contraire, ses conclusions seront en ces termes : *la loi empêche*, art. 289.

Le tribunal, sur le référé, devra se borner de même à rechercher s'il a été complétement satisfait à la loi, en ce qui concerne les conditions et les formalités requises. Si le résultat de ces vérifications est favorable à la demande des époux, le tribunal admettra le divorce et renverra les parties devant l'officier de l'état civil pour le faire prononcer. V. § 146. Dans le cas contraire, le tribunal déclarera qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce et déduira les motifs de la décision, art. 290. Du reste, le principe d'après lequel l'inobservation d'une seule des règles prescrites doit entraîner le rejet du divorce résulte tant des art. 289 et 290 que du but de ces règles, qui tendent, par la multiplicité et la rigueur des formalités, à empêcher le plus possible le divorce par consentement mutuel.

[10] En cas de nécessité le président se transportera au domicile des époux. Il en sera de même pour toutes les déclarations qu'ils devront faire en personne.

Cependant les parties dont la demande a été rejetée peuvent encore la reproduire[11].

Le jugement qui a déclaré le divorce inadmissible est susceptible d'appel, mais cet appel n'est recevable qu'autant qu'il est interjété par les deux parties, et néanmoins par actes séparés, dans les dix jours au plus tôt, et, au plus tard, dans les vingt jours de la date du jugement de première instance[12], art. 291. Les actes d'appel seront réciproquement signifiés, tant à l'autre époux qu'au ministère public près le tribunal de première instance, art. 292. Dans les dix jours, à compter de la signification qui lui aura été faite du second acte d'appel, le ministère public près le tribunal de première instance fera passer au procureur général l'expédition du jugement et les pièces sur lesquelles il est intervenu. Le procureur général donnera ses conclusions par écrit dans les dix jours qui suivront la réception des pièces : le président ou le juge qui le suppléera fera son rapport à la Cour en la Chambre du conseil, et il sera statué définitivement dans les dix jours qui suivront la remise des conclusions du procureur général[13], art. 293.

SECTION III. — RÈGLES COMMUNES AU DIVORCE POUR CAUSE DÉTERMINÉE, ET AU DIVORCE PAR CONSENTEMENT MUTUEL.

§ 146. *De la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil.*

Le tribunal saisi d'une demande en divorce, soit pour cause déterminée, soit par consentement mutuel, se borne à déclarer l'admission du divorce; c'est à l'officier de l'état civil[1] seul qu'il appartient de le prononcer[2], art. 258, 260, 264-266, 290, 294.

[11] Maleville, sur l'art. 294.

[12] Si le divorce a été admis par le jugement, il n'est pas besoin d'appel pour enlever au jugement sa validité juridique, il suffit de ne pas l'exécuter. V. art. 294. — Si, dans le cas contraire, l'un des conjoints seulement se pourvoit, son appel ne sera pas recevable, par la raison que le consentement mutuel doit persister jusqu'à ce que l'officier de l'état civil ait prononcé le divorce. V. art. 294. — Le délai d'appel court du jour de la prononciation du jugement, ce jugement étant prononcé en présence des deux parties. L'appel ne peut être interjeté avant le dixième jour, afin que les parties aient le temps de réfléchir mûrement sur le parti qu'elles ont à prendre. V. Locré et Maleville, sur l'art. 291. — [Le ministère public n'a pas le droit d'appel.

[13] Les délais mentionnés dans l'art. 292 ne sont que des indications données au juge. Leur inobservation n'a aucune influence sur l'admissibilité du divorce. — Le pourvoi en cassation est-il ouvert contre l'arrêt définitif? V. ci-dessus, § 141, note 33.

[1] L'officier de l'état civil compétent, Cass., 29 mars 1808.

[2] La déclaration du divorce par l'officier de l'état civil a un effet rétroactif, comme si la dissolution du mariage avait été prononcée par le jugement lui-même. Le jugement prononce le divorce des époux, *veluti sub conditione suspensivâ*. La déclaration de divorce n'est que l'exécution du jugement qui admet le divorce.

Lorsque le divorce a été admis pour une cause déterminée par un jugement rendu en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, l'époux qui l'aura obtenu sera obligé de se présenter en personne, dans le délai de deux mois [3], devant l'officier de l'état civil [4], pour faire prononcer le divorce. La comparution de l'autre partie n'est point indispensable; cependant il faut que cette partie ait été dûment appelée à comparaître, art. 264. L'époux demandeur qui a laissé passer ce délai sans se présenter devant l'officier de l'état civil, ou sans appeler l'autre partie à comparaître devant ce magistrat, est déchu du bénéfice du jugement qu'il avait obtenu, et ne pourra plus reprendre son action en divorce pour la même cause que celle qui a servi de fondement à la première demande, à moins qu'il ne puisse y rattacher des causes nouvelles, c'est-à-dire des faits postérieurs au jugement.

Si le divorce a été admis par suite du consentement mutuel des époux, les parties doivent se présenter volontairement ensemble et en personne, dans les vingt jours qui suivront la date du jugement [5], devant l'officier de l'état civil, pour faire prononcer le divorce. Ce délai passé, le jugement demeurera comme non avenu [6], art. 294.

Dans tous les cas, l'officier de l'état civil dressera acte du divorce prononcé par lui, et l'inscrira sur les registres de l'état civil [7].

§ 147. *Des effets du divorce en général.*

Les droits et les obligations réciproques des deux époux, résultant du mariage, cessent du moment où le jugement d'admission du divorce a acquis l'autorité de la chose jugée, lorsqu'il a été

[3] Il ne suffit pas, comme on pourrait le croire d'après l'art. 266, que la partie qui a obtenu le divorce ait fait citer son conjoint dans ce délai, Maleville, sur l'art. 266.—Relativement au jour à partir duquel ce délai commence à courir, V. art. 265. S'il y a eu pourvoi en cassation et qu'il ait été rejeté, les deux mois commenceront à courir du jour de l'arrêt de rejet, Delvincourt, sur l'art. 265.

[4] Ainsi la partie ne peut pas comparaître par un fondé de pouvoir. En cas de nécessité, l'officier de l'état civil devra se transporter auprès de l'époux, à sa demeure. —L'autre conjoint n'a pas le droit de requérir l'officier de l'état civil pour recevoir la déclaration du divorce.—Mais *quid*, si la partie qui a obtenu le jugement meurt, sans avoir provoqué cette déclaration? les héritiers de cette partie peuvent-ils encore la provoquer? ou le jugement ne peut-il plus dès lors être exécuté? ou bien profite-t-il aux héritiers, sans qu'il soit besoin de déclarer le divorce? Les auteurs sont très-partagés sur ces diverses questions. V. Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*. Il semble juste d'en faire profiter les héritiers. V. en ce sens, Bruxelles, 26 avril 1806.

[5] Ou de l'arrêt, Delvincourt, sur l'art. 294.

[6] Sous réserve du droit de reprendre à nouveau la procédure.

[7] Conformément à la formule que le gouvernement a adressée aux officiers de l'état civil, deux témoins doivent être appelés à cet acte.

suivi de la prononciation du divorce par l'officier de l'état civil. V. § 146, note 2.

Il suit de là que les époux n'ont plus aucuns droits personnels l'un sur l'autre. Ainsi, la femme divorcée ne peut plus porter le nom de celui qui était son époux, qu'en y joignant la qualification de divorcée. De même la femme divorcée ne peut poursuivre l'interdiction de celui qui a été son mari, art. 490, ni continuer le procès en interdiction qu'elle avait commencé contre lui avant le divorce. Par contre, elle n'a plus besoin de son autorisation.

Les patrimoines des deux époux sont, à partir de ce moment, séparés l'un de l'autre. Ainsi la communauté de biens conjugale est dissoute; et l'usufruit que le mari avait sur les biens de la femme est éteint, art. 1441.

Les époux divorcés ne peuvent plus prétendre à une assistance ou à des secours mutuels. V. cep. art. 279 et 301, et § 156.

Le droit de succession légale des époux vis-à-vis l'un de l'autre cesse purement et simplement[1] par le divorce, art. 767.

A partir du même moment, toutes les conséquences juridiques qui dérivaient du mariage cessent également à l'égard des tiers. Mais le divorce n'influe pas par lui-même, c'est-à-dire abstraction faite des exceptions qu'une disposition de la loi ou la convention peuvent apporter à cette règle, sur les droits acquis pendant le mariage, soit par les conjoints contre des tiers, soit par des tiers contre les conjoints, et qui résultent à la fois du mariage et d'une autre cause particulière. Ainsi le divorce, d'après sa nature, n'a point pour conséquence de supprimer ou de modifier la puissance paternelle, ou de porter préjudice aux droits de succession réciproques des parents et des enfants; car tous ces droits se fondent en même temps sur un autre fait, celui de la paternité et de la filiation. Le divorce ne lève pas non plus l'empêchement de mariage résultant de l'alliance pour les beaux-frères et belles-sœurs; car cet empêchement se fonde en même temps sur les liens du sang qui ont été réellement ou sont présumés avoir été formés entre les époux[2]. Mais l'époux divorcé n'est plus tenu de subvenir à l'entretien des père et mère nécessiteux de celui qui a été son conjoint, arg. art. 206, n. 2. V. au surplus *sup.*, au titre du *Mariage*, le § 131.

[1] Ce droit cesse même à l'égard de l'époux qui a obtenu le divorce, Chabot, *Des Successions*, sur l'art. 767.

[2] Par exemple, on ne peut même pas épouser la fille que la femme divorcée a eue d'un second mariage. [V. *sup.*, § 126.]

§ 148. *Des effets du divorce pour cause déterminée.*

Lorsque le divorce a été prononcé pour une des causes indiquées au § 138[1], l'époux contre lequel il a été admis perd de plein droit tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit par contrat de mariage, soit par donation postérieure au mariage, art. 299, alors même que le donateur aurait renoncé d'avance au droit de révoquer ces avantages, même en cas de divorce[2]. Comme du reste cette disposition pénale ne se rapporte qu'aux avantages assurés à l'un des époux par l'autre, elle n'a aucun effet ni relativement aux droits des époux sur les biens de la communauté, ou sur les biens dotaux, ni relativement aux donations qui ont été faites à l'un ou à l'autre époux ou à tous les deux par des tiers. La femme peut donc, lors même que le divorce a été prononcé contre elle, réclamer le partage des biens de la communauté, ou, suivant les cas, reprendre ses biens dotaux[3], et un tiers n'est pas fondé à révoquer les donations faites par lui aux époux, sous prétexte que le divorce aurait été admis contre le donataire, à moins que le donateur ne se fût réservé le droit de retour pour le cas de divorce[4].

L'époux qui a obtenu le divorce conserve au contraire tous les avantages qui lui ont été assurés par l'autre époux dans le contrat de mariage, même lorsque ces avantages seraient réciproques[5], art. 300. Il conserve de même le bénéfice des donations qui lui ont été faites par l'autre époux pendant le mariage, à moins que cet époux n'ait, comme il en avait le droit, révoqué ces donations avant le divorce[6]. Du reste, l'époux qui a obtenu le divorce ne

[1] Les dispositions des art. 295-304, sur les effets légaux du divorce, se taisent sur le cas de divorce prévu dans l'art. 310. En effet, les art. 295-304 étaient déjà votés lorsque l'art. 310 a été introduit dans la discussion du Code. Cependant les dispositions des art. 295, 296, 303 et 304 sont, par suite de leurs motifs, également applicables au cas de l'art. 310.

[2] Proudhon, 1, n. 324; V. L. 12, Dig., *De donat. inter virum et uxorem*. — Mais après le divorce, l'époux qui a obtenu le divorce peut certainement renoncer à la révocation. [Sur le point de savoir si l'art. 299 est applicable en matière de séparation de corps, V. *inf.*, § 156, note 9.]

[3] Maleville, sur l'art. 299. L'ancien droit était plus rigoureux. V. Merlin, *Quest.*, v° *Dot*, § 5.

[4] Proudhon, 1, n. 324; V. les observations du Tribunat sur l'art. 299. — Delvincourt, sur l'art. 299, est, par argument de l'art. 1131, d'une opinion contraire. Mais l'art. 1131 est ici sans application. La donation n'était pas dans le principe une obligation sans cause. Les circonstances seulement ont changé, et on ne peut pas admettre que la donation ait été de plein droit subordonnée à la condition que les choses resteraient toujours dans le même état.

[5] Sous la réserve cependant de l'obligation incombant à chaque donataire de fournir au besoin des aliments au donateur, Toullier, 2, n. 747.

[6] Delvincourt, sur l'art. 300; Duranton, 2, n. 631, sont d'une autre opinion. Selon Proudhon, 1, n. 319, et Toullier, 2, n. 743, ces donations sont irrévocablement acquises à l'époux demandeur,

conserve le droit au bénéfice des avantages stipulés à son profit que dans la mesure du bénéfice de la stipulation. Ainsi les avantages stipulés en faveur du conjoint survivant ne profitent à l'époux qui a obtenu le divorce qu'au cas où il survit à l'autre, art. 1452, 1518, et arg. art. 300.

S'il n'a été stipulé, en faveur de l'époux qui a obtenu le divorce, aucun avantage qui lui profite en conformité de l'art. 300, ou si l'avantage stipulé en sa faveur ne suffit pas pour assurer ses moyens d'existence, et si d'ailleurs ses revenus ne sont pas suffisants pour subvenir à ses besoins, le tribunal peut, dans le jugement qui admet le divorce [7], affecter à cet époux [8], sur les biens de l'autre, une pension alimentaire qui ne doit cependant, en aucun cas, excéder le tiers des revenus du débiteur. L'obligation de servir cette pension alimentaire ne cesse pas avec la mort de celui qui la doit [9], mais elle cesse lorsque la condition de fortune de la partie qui a obtenu le divorce s'améliore [10], ou lorsque l'époux contre lequel il a été admis cesse d'avoir les moyens de fournir la pension [11], art. 301, et arg. art. 301 et 208.

Après le divorce, les droits de puissance paternelle n'appartiennent qu'à l'époux qui a obtenu ce divorce; l'autre époux est considéré comme mort, sous réserve toutefois des exceptions que la loi établit ou permet au juge d'apporter à cette règle [12]. La tutelle des enfants nés du mariage appartient donc à l'époux qui a obtenu le divorce [13]; néanmoins le juge peut, sur la demande de

du jour auquel a été rendue l'ordonnance mentionnée en l'art. 238. Cette opinion est assurément équitable.

[7] Ainsi cette pension ne peut être allouée pendant le procès, Cass., 8 janv. 1806. Elle ne peut non plus être réclamée postérieurement au procès, parce que les conjoints sont désormais étrangers l'un à l'autre. Cependant d'autres auteurs admettent que si le besoin s'est manifesté plus tard, la pension peut encore être demandée après le jugement. V. sur cette question controversée, Locré, sur l'art. 301; Cass., 24 mess. an XII et 18 germ. an XIII; 4 vend. an XIV; 18 juill. 1809; Paris, 16 fév. 1813, et 10 fév. 1816. [Sur le droit à des aliments en matière de séparation de corps, V. *inf.*, § 156.]

[8] Le tribunal peut aussi prescrire des dispositions particulières pour assurer le payement de cette pension. Il peut ordonner, par exemple, la délégation des intérêts d'un capital placé au profit de l'époux, ou quelque autre revenu libre, Cass., 30 janv. 1828.

[9] Amiens, 28 mai 1825.

[10] Par exemple, s'il contracte un nouveau mariage. Observations du Tribunat sur l'art. 301.

[11] Différentes circonstances peuvent par la suite faire augmenter ou diminuer les aliments, arg. art. 208, 209.

[12] Le Code Napoléon ne contient que quelques dispositions spéciales sur l'influence du divorce sur les droits de puissance paternelle. De là la grande variété des opinions sur cet objet. Le principe posé au paragraphe paraît pouvoir être principalement appuyé par les conclusions à tirer de ces dispositions spéciales, par exemple, des art. 302, 303, 304, 386, ainsi que de l'intérêt des enfants. V. sur ces divers points, Locré, sur l'art. 302; Proudhon, 1, n. 328; Toullier, 2, n. 1094 et s.; Delvincourt, 1, p. 200.

[13] Il en est ainsi du droit de nommer un tuteur aux enfants et de les émanciper. Si les enfants veulent se marier, ils doivent se pourvoir auprès du père et de la mère pour obtenir leur consente-

la famille [14] ou du ministère public [15], lorsque l'intérêt des enfants l'exige, attribuer la tutelle à l'autre époux, et même à un *tiers*, ou du moins confier l'éducation des enfants à cet autre époux, ou à un tiers [16], art. 302. Quelle que soit d'ailleurs la personne à laquelle l'éducation des enfants sera confiée par le juge, chacun des époux aura toujours le droit de surveiller leur éducation [17], art. 303. Par suite du même principe, l'usufruit légal sur les biens des enfants ne peut appartenir qu'à l'époux qui a obtenu le divorce. Ainsi, lorsque c'est la femme qui a obtenu le divorce, c'est à elle que l'usufruit profite [18], art. 386.

Le divorce n'altère aucun des droits qui appartiennent aux enfants en vertu de la loi ou du contrat de mariage. Après comme avant le divorce, les père et mère sont donc obligés de contribuer à l'entretien et à l'éducation des enfants, selon leur état de fortune. D'un autre côté, les droits des enfants ne sauraient non plus être augmentés par l'effet du divorce de leurs parents. Les droits qui ne sont attribués aux enfants que pour le cas du décès du père ou de la mère restent donc également, après le divorce, subordonnés à cette condition, art. 303, 304.

Si le divorce est prononcé pour cause d'adultère de la femme, elle doit être, par le même jugement, sur la réquisition du ministère public, condamnée à la réclusion dans une maison de correction, pour trois mois au moins et deux ans au plus, art. 298. V. Pén., art. 336-338. Le mari, de son côté, doit être condamné à une amende de 100 à 2,000 francs, lorsqu'il a entretenu une concubine au domicile conjugal, Pén., art. 339 [19].

ment ou pour leur demander conseil. Mais le consentement du conjoint qui a la tutelle est décisif. Un article du projet concernant ce droit de consentement, et qui venait immédiatement après l'art. 149, fut réservé jusqu'à la discussion du titre du *Divorce*, mais on n'en reparla plus dans la suite. Un subrogé tuteur doit toujours être adjoint à l'époux qui gère la tutelle, art. 389, 390, Toullier, *loc. cit.*

[14] L'avis du conseil de famille n'a pas besoin d'être motivé, Paris, 11 déc. 1821.

[15] Mais non d'office, Montpellier, 4 fév. 1835.

[16] Toullier, *loc. cit.*, Rennes, 21 fév. 1826. Le juge peut aussi dans la suite revenir sur des dispositions relatives à l'éducation des enfants, Bordeaux, 9 juin 1832, S. V., 33, 2, 446. — Lorsque la mère administre la tutelle, les art. 395, 396 lui sont aussi applicables, Paris, 5 mai 1808.

[17] [Sur la garde des enfants en matière de séparation de corps, V. *inf.*, § 156.]

[18] Quelques auteurs prétendent que, même dans ce cas, la mère ne peut prétendre à l'usufruit légal qu'après la mort du père. V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 386 ; Toullier, 2, n. 1064 ; Duranton, 3, n. 380 ; Proudhon, *De l'usufruit*, 1, p. 141 ; Favard, v° *Puiss. pat.*, sect. 2, § 3, n. 9. — L'usufruit de l'époux contre lequel a été prononcé le divorce ne s'éteint qu'au jour du divorce, arg. art. 386, et non dès le moment où est donné l'ordre mentionné en l'art. 238. Duranton, 2, n. 382, est d'un avis contraire.

[19] Sur la relation entre les art. 336 et s. Pén., et les art. 298, 308 Nap., Vazeille, *Traité du mariage*, 2, n. 538 ; Merlin, *Rép.*, v° *Délit*, § 1 ; Delvincourt, 1, p. 199, et ci-après, § 156, *in fine*.

§ 149. *Des effets du divorce par consentement mutuel.*

Le Code civil ne contient aucune disposition particulière sur les effets juridiques du divorce par consentement mutuel relativement aux intérêts pécuniaires des époux ; il suppose que ces effets ont été réglés en conformité de l'art. 279, par les arrangements qui doivent être pris à ce sujet par les époux, avant leur demande en divorce. Le juge, auquel cette convention doit être soumise, a le droit et le devoir d'examiner si la convention répond à son but, arg. art. 282. Si, dans la suite, il s'élève des différends sur le sens de cette convention, les tribunaux jugeront soit par application des règles générales en matière d'interprétation, soit d'après les principes établis au § 147.

Les époux ont le droit et le devoir de régler par la même convention ce qui est relatif à l'exercice de la puissance paternelle, et par suite à la tutelle, à l'éducation des enfants, à l'usufruit légal, usufruit dont le divorce n'entraîne pas la déchéance[1], sous réserve, d'ailleurs, du droit des tribunaux de soumettre, sous ce rapport comme sous les autres, la convention à leur examen[2], arg. art. 280, n. 1, et art. 282.

Les enfants nés du mariage conservent non-seulement tous les droits et tous les avantages qui leur compètent[3], soit en vertu de la loi, soit par suite du contrat de mariage de leurs père et mère, mais ils acquièrent de plus, en vertu de la loi, la propriété de la moitié des biens présents[4] de chacun des époux, et cela à dater du jour auquel les père et mère ont, pour la première fois, art. 281, déclaré devant le juge leur intention de dissoudre leur union ; sous la réserve, toutefois, que si les enfants sont mineurs, chacun des époux conserve, jusqu'à la majorité de chaque enfant en particulier[5], l'usufruit de cette moitié ou de la partie de cette

[1] Aucune loi n'attache au divorce par consentement mutuel la perte de l'usufruit légal. On ne pouvait, en effet, infliger cette peine ni à l'un ni à l'autre. V. sur ce point Toullier, 2, n. 1065; Duranton, 3, n. 381 ; Proudhon, *De l'usufruit*, 1, n. 140; Merlin, *Rép.*, v° *Usufruit paternel*, § 5, n. 3.

[2] Dans l'interprétation d'une pareille convention on consultera surtout l'intérêt des enfants.

[3] L'art. 305 porte que l'usufruit sur la moitié des biens dévolus aux enfants reste aux père et mère, à la charge par eux de pourvoir à leur nourriture, entretien et éducation. Il n'en faut pas conclure cependant que cette obligation n'incomberait pas autrement aux père et mère, ou que le chiffre des dépenses d'éducation dût être purement et simplement fixé d'après le montant de l'usufruit de cette moitié.

[4] Et aussi la moitié des donations qui sont faites aux époux conformément aux art. 1048, 1049, 1082, Proudhon, 1, n. 331 ; Toullier, 2, n. 752.

[5] Si les époux ont eu de leur union plusieurs enfants, le partage de la moitié se fait entre eux suivant les règles applicables en matière de succession paternelle. Cependant les enfants ne doivent pas être considérés, relativement à cette moitié, comme des héritiers. Il y a lieu toutefois d'appliquer ici la règle :

moitié échue à l'enfant mineur, art. 305. La loi attribue cette moitié aux enfants nés du mariage purement et simplement, et sans conditions, c'est-à-dire sans distinguer si l'un des époux a ou n'a pas d'enfants d'un précédent mariage, et sans se préoccuper du cas où il pourrait encore advenir à l'un ou à l'autre époux des enfants d'un mariage postérieur. Bien que par cette disposition, qui attribue simplement et exclusivement cette moitié aux enfants issus du mariage divorcé, la loi paraisse injuste vis-à-vis des enfants issus d'un mariage antérieur ou de ceux qui pourraient naître d'un mariage postérieur, elle doit néanmoins être appliquée dans toute la rigueur de son texte, avec d'autant plus de raison qu'elle atteint, par sa sévérité même, le but que le législateur s'est proposé, qui est de détourner les père et mère du divorce. Ainsi, les enfants nés d'un mariage précédent, et ceux qui naîtraient d'un mariage postérieur, ne pourront élever aucune prétention sur cette moitié, en invoquant leurs droits de succession. Les enfants nés du mariage dissous par le divorce viendront, au contraire, à la succession de leurs père et mère, avec leurs frères et sœurs, comme si cette moitié ne leur était pas déjà échue[6].

Le divorce par consentement mutuel détermine un empêchement de mariage, art. 297, dont il a été déjà traité *sup.*, § 128.

§ 150. *De l'action en nullité du divorce.*

Il y a lieu de demander la nullité d'un divorce prononcé par l'officier de l'état civil[1], quand le divorce a été prononcé ou par un officier qui n'était pas compétent, soit absolument, soit relativement ; ou quand le divorce n'avait pas été préalablement admis par un jugement ; ou quand il a été prononcé après l'expiration du délai légal[2] ; ou, suivant les cas, sans que le demandeur ou les

Patrimonium non intelligitur nisi deducto œre alieno.—Le partage doit avoir lieu préalablement, c'est-à-dire avant que les époux s'adressent au juge. — Les enfants majeurs de 21 ans touchent de suite la moitié ou leur part sur cette moitié. Chaque enfant en devenant majeur réunit sur sa tête, au moment de sa majorité, l'usufruit à la nue propriété. — L'usufruit s'éteint à la mort des père et mère, art. 617, mais non par l'émancipation des enfants ou par leur décès avant d'avoir atteint leur majorité. En effet, tout préjudice légal *est strictissimæ interpretationis*.

[6] Proudhon, 1, n. 316. Cependant tous les autres commentateurs du Code cherchent à neutraliser ou à tempérer par l'interprétation la rigueur de la loi. Ils ne sont pas d'accord sur le moyen d'arriver à ce but. V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 305 ; Grenier, *Traité des don. et test.*, 3. p. 404 ; Toullier, 2, n. 760.

[1] Les nullités de la procédure sont couvertes par le jugement qui admet le divorce, Cass., 29 juin 1812 [et 7 nov. 1838, S. V., 38, 1, 865.]

[2] *Quid*, si le divorce a été prononcé par l'officier de l'état civil avant que le délai mentionné en l'art. 265 ait commencé à courir, c'est-à-dire quand il y avait encore des voies légales pour faire réformer le jugement qui prononce le

deux époux aient été présents. Le droit de former cette demande appartient à tous ceux qui ont un intérêt légal à faire annuler le divorce [3], mais non au ministère public [4]. Si le divorce est déclaré nul, le mariage avec toutes ses conséquences juridiques est rétabli comme s'il n'avait jamais été dissous, mais sans préjudice des droits qui peuvent avoir été acquis dans l'intervalle par des tiers de bonne foi.

CHAPITRE II.

DE LA SÉPARATION DE CORPS.

§ 151. *Définition de la séparation de corps.*

La séparation de corps est la dispense, accordée par jugement aux époux, de l'obligation de la vie commune, dispense accompagnée de la suppression de quelques-uns des effets juridiques du mariage. La séparation de corps n'est point prononcée par l'officier de l'état civil, mais par le juge ; et elle ne peut résulter du simple consentement mutuel des époux [1], art. 307. Ceux-ci peuvent, sans doute, convenir entre eux de vivre séparés ; mais cette convention ne serait pas obligatoire pour les conjoints, et n'aurait aucun effet à l'égard des tiers. La séparation de corps ne supprime dans les effets juridiques du mariage que ceux qui sont la conséquence immédiate de l'obligation faite aux époux de vivre en commun, ou dont la loi attache expressément la suppression à la séparation de corps. La séparation de corps laisse donc généralement subsister les effets juridiques du mariage, excepté dans les cas où une disposition expresse décide le contraire. C'est par l'un et par l'autre de ces caractères que la séparation de corps se distingue du divorce.

divorce ? Il faut alors distinguer si, en effet, on use ou on n'use pas d'une de ces voies légales. Dans le premier cas seulement, la déclaration de l'officier de l'état civil sera considérée comme non avenue.

[3] V. relativement au droit qu'ont les absents et les émigrés d'intenter cette action, l'avis du Conseil d'Etat des 11-18 prairial an XII.

[4] On peut dire à l'appui de cette opinion que le ministère public n'a le droit d'action que dans les cas formellement prévus par la loi, et dans le cas actuel la loi ne le lui accorde pas. [Ce cas pourrait cependant être assimilé à celui où la nullité d'un mariage ayant été prononcée par jugement, le ministère public a le droit d'appel. V. *sup.*, § 113, note 11.]

[1] [Mais ce n'est pas une raison pour que l'époux défendeur ne puisse pas, soit se désister de l'appel du jugement qui a prononcé la séparation de corps, soit acquiescer à ce jugement, Aix, 14 déc. 1837, S. V., 38, 2, 290 ; Cass., 21 août 1838, S. V., 38, 1, 688 ; 11 mai 1853, S. V., 53, 1, 574. — *Contrà*, Caen, 15 déc. 1826 ; Merlin, *Rép.*, v° *Appel*, sect. 1, § 1, n. 11 ; Toullier, 2, n. 760 ; Duranton, 2, n. 608 ; Demolombe, 4, n. 488.]

§ 152. — *Droit ancien*[1].

Dans l'ancien droit, les principes en matière de séparation de corps venaient du droit canon, qui admettait une séparation perpétuelle et une séparation temporaire : *separatio à thoro et mensâ perpetua, vel temporaria*. Dans le cas d'adultère, par exemple, il y avait lieu à la séparation perpétuelle. La loi du 20 sept. 1792 abolit complétement la séparation de corps et la remplaça par le divorce. Dans la discussion du Code civil, le rétablissement de la séparation de corps et les règles à établir dans cette matière furent traités avec détail et sous leurs divers aspects. Il fut décidé que la séparation de corps serait rétablie, qu'elle serait perpétuelle, de manière à ce qu'elle existât à côté du divorce, et que l'époux offensé pût, à son gré, et en se fondant sur les mêmes motifs, demander ou le divorce ou la séparation de corps. Le législateur comprenait que, l'Eglise romaine n'admettant pas le divorce, il fallait laisser aux observateurs de la foi catholique la faculté de se séparer sans troubler leur conscience. V. art. 310. On conservait en même temps, mais pour un seul cas, la séparation de corps temporaire. V. art. 259, et *sup.*, § 141. On voit par la discussion du Code au sujet de la séparation de corps perpétuelle, ou, ce qui revient au même, viagère, la seule dont nous ayons à nous occuper ici, que les règles du divorce, à l'exception de celles qui concernent la procédure à suivre, V. art. 307 combiné avec art. 234-266, peuvent et doivent servir à compléter les dispositions du même Code au sujet de la séparation de corps[2]. Cette remarque est d'autant plus importante que la matière de la séparation de corps a été traitée fort brièvement dans le Code Napoléon.

§ 153. *Des causes de séparation.*

La séparation de corps peut être demandée pour les mêmes causes qui, d'après les articles 229-232, V. § 138, peuvent donner lieu à la demande en divorce. Les faits sur lesquels la demande est fondée peuvent être prouvés par les mêmes moyens que dans la demande en divorce ; et il faut que ces faits puissent être établis

[1] V. pour l'histoire de cette législation, *sup.*, § 109 ; Locré et Maleville, *Introd.* au liv. 1er. tit. 6 du Code ; Proudhon, 1, p. 333 ; Merlin, *Rép.*, v° *Sépar. de corps.*

[2] C'est sur ce principe, fortifié d'ailleurs par la loi du 8 mai 1816, abolitive du divorce, que reposent une grande partie des décisions qui seront mentionnées dans les paragraphes suivants. [Nous avons eu soin d'indiquer, dans le chapitre du *Divorce*, les règles qui pouvaient trouver leur application en matière de séparation de corps, et sur lesquelles nous ne devions pas revenir dans le présent chapitre.]

avec la même certitude dans l'une que dans l'autre. En un mot, la demande en séparation de corps et la demande en divorce ne diffèrent sous aucun rapport[1], quant aux faits qui les motivent et quant à la preuve de ces faits : d'où il résulte qu'il appartient toujours au plaignant d'apprécier s'il lui convient de demander le divorce, ou de se borner à demander la séparation de corps, art. 306, 307.

§ 154. *Des fins de non-recevoir contre la demande en séparation de corps. — Par qui la demande peut être formée.*

Les exceptions qui peuvent être opposées à une demande en séparation de corps sont généralement les mêmes que celles qui peuvent être opposées à la demande en divorce[1], V. § 139. La demande en séparation de biens, dirigée par la femme contre son mari, n'empêche pas la femme de former ultérieurement une demande en séparation de corps[2]. La demande en séparation de corps, aussi bien que l'action en divorce, ne peut être intentée ni par les héritiers, ni contre les héritiers des conjoints[3]. Dans l'hypothèse où la disposition de l'art. 299 serait également applicable à la séparation de corps[4], ce qui a déjà été dit du droit de continuer l'action en divorce concernerait également l'action en séparation de corps[5].

§ 155. *De la procédure et des mesures provisoires.*

La procédure en matière de séparation de corps est généralement la même que la procédure suivie dans les autres affaires civiles[1], art. 307. Cependant le Code de procédure, art. 875-880,

[1] Tout ce qui a été dit précédemment sur les différentes causes de divorce est applicable aux causes de séparation de corps.—Il en est de même pour la preuve de ces causes. Ainsi la disposition de l'art. 251 s'étend aussi à la séparation de corps. [V. *sup.*, § 142, note 20.] En matière de séparation de corps, comme en matière de divorce, l'aveu des parties ou la non-comparution de l'époux contre lequel la séparation de corps est demandée ne suffisent pas pour la faire prononcer, *Observ. du trib.*, et Locré, sur l'art. 307 ; Vazeille, 2, n. 564 ; [Proudhon, 1, p. 534; Duranton, 2, n. 602 ; Massol, p. 114, n. 18 ; Demolombe, 4, n. 474.] V. cependant Toullier, 2, n. 759.

[1] [V. *sup.*, § 139, note 1.]

[2] Vazeille, 2, n. 583; Merlin, *Rép.*, vº *Séparation decorps*, § 2, n. 2; [Toullier, 2, n. 763; Duranton, 2. n. 579; Massol, p. 81, n. 11 ; Cass., 23 août 1809 ; Paris, 6 août 1840, S. V., 41, 2, 49.]

[3] [V. *sup.*, § 140.]

[4] [V. *inf.*, § 156, note 9.]

[5] [V. *sup.*, § 148, note 2 et suiv.]

[1] Ainsi, par exemple, le demandeur peut en appel produire à l'appui de sa demande de nouveaux faits, Poitiers, 18 fév. 1825; Bruxelles, 14 oct. 1830; [Cass., 15 juin 1836, S. V., 37, 1, 89 ; Dijon, 29 mai 1845, S. V., 46, 2, 173 ; Vazeille, 2, n. 582; Massol, p. 111, n. 16 ; Demolombe, 4, n. 482. — *Contrà*, Bruxelles, 27 flor. an XIII et 20 frim. an XIV; Poitiers, 21 janv. 1808 ; V. Duranton, 2, n. 600.]

contient sur ce sujet quelques règles particulières[2], qui ont en partie pour objet d'amener une réconciliation entre les époux, et qui sont en partie relatives à la publicité à donner au jugement. V. aussi Com., art. 66. Ainsi, les dispositions du Code civil sur la procédure en matière de divorce, art. 234-266, ne sont pas applicables en matière de séparation de corps[3]. Spécialement, la procédure sommaire qui a lieu pour l'action en divorce fondée sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, art. 261, ne doit pas être étendue à une demande en séparation de corps fondée sur le même motif[4].—Les tribunaux ne peuvent non plus, en cette matière, prononcer une séparation provisoire des époux, comme ils sont autorisés à le faire, en matière de divorce[5], par l'article 259.

Les dispositions préalables ou provisoires qui peuvent et doivent être prises par le juge dans une affaire de divorce, art. 267 et suiv., § 143, peuvent et doivent aussi être prises par lui en matière de séparation de corps[6], alors du moins qu'elles sont compatibles avec la nature de la demande. Il a donc le droit et le devoir, dans les affaires de cette espèce, de prendre, sur la demande des intéressés, toutes les mesures appropriées

[1] V. sur la procédure des instances en séparation de corps, Pigeau, 2, p. 515; Toullier, 2, n. 765; Duranton, 2, n. 585; Bellot des Minières, *Du contrat de mar.*, 2, p. 175; Delvincourt, 1, p. 192; Vazeille, 2, p. 563; [Demolombe, 4, n. 371 et s.; Carré et Chauveau, sur les art. 875 et s. Pr.] La demande doit être portée devant le tribunal du domicile du mari. [Il y a plus, la requête en séparation de corps présentée, aux termes de l'art. 875 Pr., au président du tribunal du domicile du mari, et revêtue de son ordonnance de comparaître, est attributive de juridiction à ce tribunal pour le jugement de la demande, nonobstant le changement ultérieur de domicile du mari, Cass., 27 juill. 1825; Paris, 7 août 1835, S. V., 35, 2, 493; Demolombe, 4, n. 447.— *Contrà*, Massol, p. 128, n. 25.]

[2] [Sur le point de savoir si la séparation de corps peut être reconventionnellement demandée par le défendeur à une demande de même nature, V. *sup.*, § 139, note 12.]

[4] Toullier, 2, n. 771; Favard, v° *Sépar. entre époux*, sect. 2, § 2, art. 2, n. 8; [Marcadé, sur l'art. 307; Demolombe, 4, n. 435; Chauveau sur Carré, n. 2968. En effet, l'art. 307 Nap. et l'art. 879 Pr. disposent, de la manière la plus générale, que la demande en séparation de corps doit être intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action civile, sans faire aucune distinction entre les diverses causes de séparation de corps. Il y a cependant en sens contraire des arrêts et des auteurs qui se fondent sur la nature spéciale de la cause de séparation de corps prévue par l'art. 261, Paris, 6 août 1840, S. V., 41, 2, 49, et 3 fév. 1852, S. V., 52, 2, 60; Colmar, 15 juill. 1846, S. V., 47, 2, 196; Duranton, 2, n. 506; Delvincourt, 1, p. 193; Carré, n. 2968; Pigeau, 2, p. 532; Massol, p. 106, n. 12.]

[5] Duranton, 2, n. 610; [Pigeau, 2, p. 569; Chauveau sur Carré, n. 2985; Demolombe, 4, n. 486]; Montpellier, 1er prair. an XIII; Rennes, 21 fév. 1826; [Bastia, 2 août 1824. C'est ce qui résulte de ce que, aux termes de l'art. 307, la demande en séparation de corps doit être jugée de la même manière que toute autre action civile. — *Contrà*, Carré, n. 2985; Favard, *Rép.*, v° *Sép. entre époux*, sect. 2, § 2, n. 10; Massol, p. 132, n. 27.]

[6] Pigeau, 2, p. 524, 529; Proudhon, 1, p. 337; Duranton, 2, n. 595, 613; Delvincourt, 1, p. 294; Vazeille, 2, n. 567; [Demolombe, 4, n. 449 et s.]

aux lois et aux circonstances, que réclament les soins et l'éducation à donner aux enfants[7], art. 267 ; de déterminer la maison dans laquelle la femme doit habiter pendant la durée du procès[8], et la pension alimentaire[9] que le mari doit lui payer, art. 268, 269 : Pr., art. 878 ; enfin d'ordonner la mise sous les scellés des effets mobiliers appartenant à la communauté[10], art. 270. — La disposition de l'art. 271 est aussi applicable à la séparation de corps[11].

§ 156. *Des effets de la séparation de corps.*

La séparation de corps fait cesser, pour les époux, l'obligation de la vie commune, et tous ceux des effets juridiques du mariage qui

[7] [Spécialement, la femme peut obtenir pendant l'instance en séparation de corps, comme pendant l'instance en divorce, la garde et l'administration provisoire des enfants, Bruxelles, 27 germ. an XIII et 8 mai 1807; Rennes, 31 juill. 1811; Massol, p. 151, n. 1; Demolombe, 4, n. 451.]

[8] [Avec cette différence, qu'en matière de séparation, c'est le président du tribunal qui autorise la femme à se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties seront convenues ou qu'il indiquera d'office, Pr., art. 878. — Cette autorisation peut être donnée à la femme défenderesse, aussi bien qu'à la femme demanderesse, Cass., 26 mars 1828. — Le président peut même, suivant les circonstances (par exemple, si elle exerçait un commerce personnel au domicile conjugal), au lieu de lui désigner une résidence provisoire en dehors du domicile conjugal, l'autoriser à demeurer dans ce domicile et à en expulser son mari, Paris, 2 août 1841, et trib. de la Seine, 28 janv. 1843, S. V., 43, 2, 473. — Si la femme ne demandait pas à se retirer, le mari pourrait la contraindre à quitter le domicile conjugal et lui faire assigner une résidence, Cass., 25 août 1840, S. V., 41, 2, 569. — V. la note suivante.]

[9] Favard, v° *Sép. entre époux*, sect. 2, § 2, art. 2, n. 8. — Si la femme abandonne la maison qui lui a été indiquée comme résidence, le mari peut se dispenser de payer la provision ; mais la femme demanderesse n'est pas, par le fait seul de cet abandon, déchue du droit de continuer ses poursuites. L'art. 269 n'est pas applicable à la séparation de corps, [Cass., 13 brum. an XIV; Trèves, 8 janv. 1808 ; Bruxelles, 26 déc. 1811 ; Turin, 12 fév. 1811; Cass., 27 janv. 1819 ; Bordeaux, 6 janv. 1835, S. V., 35, 2, 347 ; Duranton, 2, n. 578 ; Favard, sect. 2, § 2, art. 1, n. 5 ; Chauveau sur Carré, n. 2975; Marcadé, sur l'art. 307. — *Contrà*, Agen, 17 mars 1842 ; Delvincourt, 1, p. 195 ; Pigeau, *Proc.*, 2, p. 595, et *Comm.*, 2, p. 579. Cette dernière opinion nous paraît préférable : la peine prononcée par l'art. 269 est la conséquence de l'abandon par la femme de la retraite qui lui est désignée, retraite qui s'effectue dans les mêmes conditions, soit en matière de divorce, soit en matière de séparation de corps. Il faut d'ailleurs remarquer que la fin de non-recevoir ou la déchéance prononcée par l'art. 269 n'est pas nécessaire; qu'il dépend des tribunaux de l'admettre ou de la rejeter selon les circonstances, et qu'ils doivent évidemment l'admettre moins facilement en matière de séparation de corps qu'en matière de divorce, Cass., 16 janv. 1816 ; 23 nov. 1841, S. V., 42, 1, 73; V. Chauveau sur Carré, *loc. cit.* ; Thomines, 2, p. 490 ; Massol, p. 87, n. 14 ; et Demolombe, 4, n. 414.]

[10] [Bruxelles, 8 mai 1807, 11 août 1808 et 13 août 1812 ; Paris, 20 avril 1811 ; Toullier, 2, n. 776 ; Delvincourt, 1, p. 196 ; Carré, n. 2976 ; Duranton, 2, n. 613 ; Massol, p. 160, n. 13 ; Marcadé, sur l'art. 307 ; Demolombe 4, n. 461. C'est là une mesure conservatoire nécessitée par la séparation de fait, qui s'opère quand la femme est autorisée à quitter le domicile conjugal. — *Contrà*, Pigeau, 2, p. 556. V. aussi Valette sur Proudhon, 1, p. 537. — V. au surplus sur les droits de la femme et du mari quant à l'apposition des scellés, *sup.*, § 143.]

[11] [Toullier, 2, n. 776 ; Demolombe, 4, n. 462.]

sont une conséquence immédiate de cette obligation. V. § 132. Ainsi, la femme séparée de corps peut demeurer où il lui plaît[1]; et les époux séparés de corps ne se trouvent plus dans l'obligation de se prêter mutuellement aide et assistance[2]. La séparation de corps emporte de plein droit la séparation de biens entre les époux[3], art. 311, 1441. Elle dissout donc la communauté de biens entre époux ; et le mari, qui avait la jouissance de la fortune de sa femme, est obligé de la lui restituer.

A ces exceptions près, la séparation de corps ne modifie en rien les conséquences juridiques du mariage[4]. Les époux séparés de corps sont soumis, sous les autres rapports, à toutes les obligations personnelles qui incombent généralement à chaque époux vis-à-vis de l'autre, comme, par exemple, à l'obligation de garder la fidélité conjugale[5]. Après comme avant la séparation de corps, la femme a besoin de l'autorisation du mari[6], art. 215-217. Chaque époux continue à être obligé de fournir à son conjoint dans le besoin des aliments proportionnés aux moyens de l'un et aux besoins de l'autre[7]. Les époux conservent les droits et les gains

[1] V. *sup.*, § 89, note 4.

[2] [Si cette obligation ne cesse pas absolument, elle est du moins considérablement réduite : ainsi on ne pourrait obliger l'un des époux soit à donner des soins dans sa maison à son conjoint malade ou infirme, soit à se rendre près de lui pour le soigner, Massol, p. 194, n. 6; Demolombe, 4, n. 502. Selon Demante, au contraire, la séparation laisse subsister cette obligation dans toute sa force, *Progr.*, 1, p. 282.—Dans tous les cas, si les époux cessent de se devoir assistance, ils ne cessent pas de se devoir mutuellement des secours. V. *inf.*, dans ce paragraphe.]

[3] Il en est ainsi, bien que dans le contrat de mariage il en ait été convenu autrement, Bruxelles, 28 mars 1810.

[4] Locré, sur l'art. 311 ; Proudhon, 1, n. 339 ; Pigeau, 2, p. 541 ; Toullier, 2, n. 772 ; Vazeille, 2, n. 586.

[5] [La présomption de paternité résultant du mariage continue donc après comme avant la séparation de corps ; cependant, aux termes de la loi du 6 déc. 1850, en cas de séparation de corps prononcée ou même demandée, le mari peut désavouer l'enfant né trois cents jours après l'ordonnance du président, rendue aux termes de l'art. 878 Pr., et moins de cent quatre-vingts jours depuis le rejet définitif de la demande, ou depuis la réconciliation, à moins qu'il n'y ait eu réunion de fait entre les époux. A l'appui de ce désaveu, et par dérogation aux principes généraux du Code en cette matière, V. *inf.*, le titre de la *Paternité* et de la *Filiation*, le mari peut prouver sa non-paternité par tous les moyens possibles. — La loi du 6 déc. 1850 n'a pas d'effet rétroactif et ne s'applique, par conséquent, qu'aux enfants conçus depuis sa promulgation. V. sur cette loi le rapport de M. Demante, S. V., *Lois annotées*, 1850, p. 194.]

[6] [V. *sup.*, au titre du mariage, le § 134.]

[7] Quelques auteurs appliquent l'art. 301 à l'obligation de secours dont il s'agit ici; d'autres, tout en reconnaissant cette obligation, nient l'applicabilité de l'art. 301, spécial au divorce. Mais pour cette question, comme pour toutes les questions semblables, on cesse de marcher sur un terrain solide dès qu'on s'écarte des règles posées par le § 151. [Le fondement de cette obligation se trouve, en matière de séparation de corps, dans l'art. 212, qui continue d'être applicable, puisque le mariage n'est pas dissous, sans qu'il soit nécessaire de recourir à l'art. 301 qui, spécial au divorce, avait précisément pour but de pourvoir à l'inapplicabilité de l'art. 212. V. Demolombe, 4, n. 501. Quel que soit, au surplus, le fondement de cette obligation, les époux séparés de corps se doivent des aliments, même lorsque la séparation a eu pour cause l'adultère. Cass., 8 mai

de survie que la loi ou la convention leur assurent [8]. Cependant ces droits et avantages ne peuvent être réclamés par le survivant qu'après le décès de son conjoint, art. 1452. V. aussi art. 1518. Ainsi, la peine qui, d'après l'article 299, frappe l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, n'atteint pas l'époux coupable, en matière de séparation de corps [9].

1810 et 28 juin 1815; Lyon, 16 mars et 16 juill. 1835, S. V., 36, 2, 239; Toullier, 2, n. 789; Duranton, 2, n. 633; Vazeille, 2, n. 588.]

[8] La séparation de corps n'éteint pas le droit de succession consacré par l'art. 767 en faveur des époux. V. la discussion; Maleville et Chabot sur l'art. 767; Duranton, 2, n. 634; Vazeille, 2, 589; [Marcadé, sur l'art. 767. C'est ce qui résulte des termes de l'art. 767, qui n'exclut de la succession que le conjoint divorcé, et de ce que la séparation de corps laisse subsister le lien conjugal.]

[9] Les commentateurs les plus modernes du Code s'accordent à reconnaître que l'art. 299 n'est pas applicable à la séparation de corps. En effet, bien qu'il fût peut-être à désirer que la peine prononcée par cet article atteignît l'époux séparé de corps aussi bien que l'époux divorcé; cependant, comme il s'agit d'une peine, on ne peut l'étendre d'un cas à un autre. On peut néanmoins puiser dans l'art. 1518 un argument en faveur de l'opinion contraire. [Il y a peu de questions aussi controversées que celle de savoir si l'art. 299 est applicable à la séparation de corps, en d'autres termes si l'époux contre lequel la séparation de corps a été admise, perd, comme l'époux divorcé, tous les avantages que l'autre époux lui avait faits. Dans le sens de l'inapplicabilité de l'art. 299, V. Cass., 14 juill. 1813; 17 juin 1822; 19 août 1823; 13 fév. 1826; 30 mai 1836, S. V., 36, 1, 728; 21 déc. 1842, S. V., 43, 1, 728, et 21 nov. 1843, S. V., 44, 2, 235; Agen, 28 avril 1824; Caen, 9 déc. 1836, S. V., 37, 2, 164; Rouen, 28 janv. 1837, S. V., *ibid.*; Riom, 19 août 1839, S. V., 40, 2, 59, et 4 déc. 1843, S. V. 44, 2, 78; Douai, 10 mai 1847, S. V., 48, 2, 194; Merlin, *Rép.*, v° *Sép. de corps*, § 4, n. 5, et *Quest.*, *eod. verb.*, § 1; Toullier, 2, n. 781; Duranton, 2, n. 629, et 8, n. 572; Grenier, *Donat.*, 1, n. 220; Favard, *Rép.*, v° *Sép.* sect. 2, § 3, n. 8; Rodière, *Rev. de législ.*, 3, p. 237; Poujol, sur l'art. 959, n. 8; Coin Delisle, sur le même art., n. 4 et 9; Demante, *Progr.*, 1, n. 285. — Dans le sens de l'applicabilité de l'art. 299, V. Caen, 22 avril 1812; Colmar, 26 juin 1817; Rennes, 4 mars 1820; Angers, 22 mars 1820; Nancy, 16 août 1820; Agen, 1er mai 1821; Rouen, 25 juillet 1829; Paris, 28 août 1829; Bordeaux, 31 mai 1838, S. V., 39, 2, 14; Rouen, 15 nov. 1838, S V., *ibid.*; Caen, 22 avril 1839, S. V., 39, 2, 372; Cass., 23 mai 1845, S. V., 45, 1, 321; 25 avril 1849, S. V., 49, 1, 305; 5 déc. 1849, S. V., 50, 1, 5; Nancy, 16 fév. 1850, S. V., 52, 2, 521; Proudhon, 1, p. 341; Delvincourt, sur l'art. 299; Pigeau, 2, p. 571; Coulon, *Quest. de dr.*, 2, p. 376; Vazeille, 2, n. 589; Dalloz, v° *Sépar. de corps*; Toullier, 1, p. 369; Massol, p. 297 et s.; Valette sur Proudhon, 1, p. 544; Pont, *Rev. de législ.*, 24, p. 90; Devilleneuve, sur Cass., 13 juill. 1815; Gilbert, *Code annoté*, sur l'art. 299, n. 3; Marcadé, sur l'art. 311; Demolombe, 4, n. 521 et s.—Nous croyons, quant à nous, que l'art. 299, fait pour le divorce, n'est pas applicable à la séparation de corps. La solution de cette question dépend en grande partie du point de départ de la discussion. Si l'on considère la séparation de corps comme un divorce, sauf la dissolution du lien conjugal, on est tout naturellement porté à lui attribuer tous ceux des effets du divorce qui sont compatibles avec le maintien du lien conjugal; mais c'est là, nous le croyons, un point de vue qui n'est pas celui du législateur : le législateur, au contraire, n'attribue à la séparation de corps aucun des effets du divorce. La séparation de corps a ses effets propres, qui consistent dans la dispense de la vie commune; et le mariage, dont le lien subsiste, continue à produire tous ceux de ses effets qui ne sont pas la conséquence de la vie commune. Cela est si vrai, notamment quant aux biens et aux intérêts pécuniaires des époux, qu'il a fallu une disposition expresse, celle de l'art. 311, pour que la séparation de corps emportât séparation de biens; qu'il résulte de l'art. 386 que la séparation de corps ne fait pas cesser l'usufruit légal des père et mère sur les biens de leurs enfants; et de l'art. 767, que les époux séparés de corps héritent l'un de l'autre. Il est évident qu'en par-

De même, les époux séparés de corps conservent vis-à-vis de leurs enfants les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'avant la séparation. Il y a plus : la règle de droit d'après laquelle l'époux de la mère est le père de l'enfant, art. 312, s'applique également aux époux séparés de corps [10]. Aussi la séparation de corps laisse-t-elle subsister intacts les droits de la puissance paternelle [11], et les rapports qui dérivent respectivement pour les époux de l'exercice de cette puissance. V. art. 373, 474. Cependant, bien que par application de cette règle les enfants doivent ordinairement être laissés au père, il est loisible aux tribunaux, arg. art. 302, de faire, dans l'intérêt des enfants, et en prenant en considération les motifs qui ont fait prononcer la séparation de corps, une exception à cette règle, et de confier les enfants à la mère ou même à une tierce personne [12].

Lorsque le tribunal prononce la séparation de corps pour cause d'adultère de la femme, celle-ci doit être, par le même jugement [13], condamnée à la même peine que dans le cas de divorce prononcé pour la même cause, art. 308. V. § 148. Mais le mari reste le maître d'arrêter l'effet de cette condamnation, en consentant à reprendre sa femme, art. 309; Pén., art. 337. — Le Code pénal, art. 339, punit aussi d'une amende le mari qui s'est rendu

tant de là, on doit reconnaître qu'il faut une disposition expresse pour étendre à la séparation de corps les effets particuliers au divorce, et notamment ceux de ces effets qui ont un caractère pénal, comme la perte des avantages faits par l'un des époux à l'autre; et qu'on ne peut établir cette extension à l'aide d'inductions plus ou moins éloignées et de suppositions plus ou moins plausibles. — Dans le système qui étend l'art. 299 à la séparation de corps, la révocation des avantages s'applique aux avantages par testament comme à tous autres; Cass., 5 déc. 1849, S. V., 50, 1, 5; Nancy, 16 fév. 1850, S. V., 52, 2, 521; Nicias Gaillard, *Rev. de législ.*, 37, p. 129. — Sur le point de savoir si ces avantages, non révoqués de plein droit, sont révocables pour cause d'ingratitude, V. *inf.*, le titre *des Donations*.]

[10] [V. *sup.*, note 5.]

[11] Par exemple, l'usufruit légal [V. *inf.*, le tit. de la *Puissance paternelle*.]

[12] Montpellier, 1er prair. an XIII; Riom, 18 juin 1807; Bruxelles, 28 mars 1810; Caen, 4 août 1810; Cass., 28 juin 1815; 24 mai 1821; Paris, 11 déc. 1821; [Lyon, 16 mars 1825; Cass., 23 juin 1841, S. V., 41, 1, 630; Merlin, *Rép.*, v° *Éducation*, § 1, n. 3; Toullier, 2, n. 780; Duranton, 2, n. 673; Massol, p. 319, note 1; Marcadé, sur l'art. 311; Demante, 1, n. 287; Demolombe, 4, n. 511. Il ne s'agit pas d'appliquer ici d'une manière absolue à la séparation de corps l'art. 301, qui n'est fait que pour le divorce, mais de consulter l'intérêt des enfants, et d'agir en conséquence lorsque la séparation de corps a modifié les rapports ordinaires des époux.]

[13] Ainsi cette peine ne peut être prononcée par un jugement postérieur et distinct, Rouen, 14 mai 1809. [Cette peine doit être prononcée alors même que la femme, traduite en police correctionnelle pour le même adultère, aurait été renvoyée par suite du désistement de son mari, Paris, 31 août 1841, S. V., 41, 2, 487. — Si le mari est reconnu avoir entretenu lui-même une concubine dans la maison conjugale, il n'y a pas lieu de condamner la femme à la peine de la réclusion prononcée par l'art. 308, arg. art. 339 Pén.; Amiens, 1er août 1842, S. V., 42, 2, 418.]

coupable d'adultère en entretenant sa concubine au domicile conjugal, art. 230[14].

§ 157. *Comment cesse la séparation de corps.*

La séparation de corps cesse[1] par le simple fait de la réconciliation des époux, sans que l'intervention du juge soit nécessaire, arg. art. 309. L'époux qui a obtenu la séparation de corps a même le droit de réclamer la cessation de la séparation et le rétablissement des rapports de la vie commune, fût-ce contre la volonté de l'autre conjoint[2].

Dès que la séparation de corps a cessé d'une manière ou de l'autre, le mariage produit de nouveau tous ses effets[3]. Cependant la séparation de biens est maintenue, malgré la cessation de la séparation de corps. Si les époux, en admettant toutefois qu'ils ne fussent pas déjà sous le régime de la séparation de biens, par suite de leur contrat de mariage, veulent aussi rétablir la communauté de biens qui existait primitivement entre eux, ou rendre au mari la jouissance des biens de la femme, telle qu'elle lui avait été primitivement assurée, ils sont tenus de se conformer aux dispositions de l'art. 1451.

Le conjoint séparé de corps, qui s'est réconcilié avec l'autre conjoint, peut encore intenter, pour cause de faits nouveaux, une nouvelle action en séparation de corps ou en divorce ; mais les causes qui avaient motivé sa demande antérieure en séparation de corps devront être considérées comme non avenues par l'effet de la réconciliation, sous réserve, toutefois, de ce qui est dit *sup.*, § 139. V. art. 273.

§ 158. *Des rapports entre la demande en divorce et la demande en séparation de corps.*

Les causes de divorce sont en même temps, ainsi qu'il a été dit précédemment, des causes de séparation de corps. Néanmoins, le

[14] Le tribunal correctionnel est seul compétent pour appliquer cette peine.

[1] Locré. sur l'art. 311; Pigeau, 2, p. 542; Vazeille, 2, n. 593; [Demolombe, n. 531 et s.]; Paris, 16 avril 1807.

[2] Locré, *loc. cit.*; Vazeille, 2, n. 595; Duranton, 2, n. 618. — [*Contrà*, Demolombe, 4, n. 532; Marcadé, sur l'art. 311. Ces derniers auteurs ont raison. Il est clair que le jugement de séparation de corps est acquis aux deux époux, et qu'il ne peut dépendre de celui qui l'a obtenu d'en faire cesser les effets au gré de son caprice.]

[3] Les avantages faits à l'époux coupable, en les supposant révoqués, soit en vertu de l'art. 299, soit en vertu de l'art. 959, revivent-ils de plein droit par le rapprochement des conjoints ? V. sur cette question, Proudhon, 1, p. 348; Grenier, 1, n. 433; [Duranton, 2, n. 629; Demolombe, 4, n. 544, qui la résolvent en sens divers. Il nous semble qu'ils ne doivent pas revivre de plein droit, arg. art. 1451.]

même fait ne peut donner lieu qu'à une seule action, soit à fin de divorce, soit à fin de séparation de corps. Celui donc qui a demandé le divorce, et dont la demande a été rejetée, ne peut plus intenter pour la même cause une action en séparation de corps, et réciproquement. L'époux qui a obtenu la séparation de corps ne peut pas davantage demander ensuite le divorce pour la même cause; mais si, par contre, cet époux séparé de corps demande le divorce pour une nouvelle cause, sa demande doit être admise [1].

Le demandeur, pour toutes les causes mentionnées dans les articles 229-232, peut opter entre l'action en divorce et l'action en séparation de corps. Mais il ne peut plus, une fois qu'il a intenté l'une ou l'autre, substituer une demande à l'autre, une procédure particulière étant déterminée pour chacune de ces deux actions. Cependant le demandeur peut très-bien laisser tomber l'action pour laquelle il a opté, et intenter l'autre à sa place [2].

TITRE VII.

DE LA PATERNITÉ ET DE LA FILIATION.

—

ARTICLES 312 A 342.

—

SOMMAIRE.

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE I[er]. — DES ENFANTS LÉGITIMES.

[1] Toullier, 2, n. 710; Vazeille, 2, n. 578; Merlin, *Rép.*, v° *Divorce*; [Cass., 16 déc. 1811.] V. cependant [Aix, 27 nov. 1809] et 19 juin 1810.

[2] Pour que le demandeur n'y fût pas fondé, il faudrait pouvoir lui opposer une disposition légale expresse. V. Pr., art. 403. Mais une pareille disposition n'existe pas. Toutefois le plus grand nombre des auteurs décide, *ob odium divortiorum*, que le demandeur en séparation de corps ne peut abandonner sa demande et lui substituer une demande en divorce. V. Toullier, 2, n. 709.

PRÉLIMINAIRES.

§ 159. *Définitions et divisions.*

La paternité et la filiation viennent de la nature, ou, par une fiction de droit, de la loi.

Les enfants suivant la nature sont ou *légitimes*, ou *illégitimes*, selon qu'ils ont été procréés dans le mariage ou hors du mariage. Les premiers sont eux-mêmes ou des enfants *légitimes* proprement dits, ou des enfants *légitimés*[1].

Les enfants qui n'ont cette qualité qu'en vertu de la loi sont les enfants adoptifs et les pupilles[2].

Les enfants légitimes, c'est-à-dire les enfants procréés dans le mariage[3], et les enfants légitimés, c'est-à-dire ceux qui bien que

[1] [Cette division n'est pas exacte, en ce sens que les enfants *légitimés* ne sont pas procréés dans le mariage, mais hors mariage : c'est une fiction de droit qui les appelle à profiter du bénéfice du mariage subséquent, en les réputant, par une sorte d'effet rétroactif, nés du mariage qui a suivi leur naissance. V. *inf.*, ch. 2.]

[2] [Dans la tutelle officieuse seulement; et encore même la tutelle officieuse est loin d'établir entre le tuteur et le pupille des rapports de paternité et de filiation. V. *inf.*, titre 8.]

[3] Dans l'intitulé du chap. 1er du tit. 7 du liv. 1er du Code, *De la filiation des enfants légitimes ou nés dans le mariage*, ces dernières expressions doivent s'entendre non des enfants légitimés, mais, conformément au contenu du chapitre, des enfants nés de la femme pendant le mariage. [Le Code se sert au surplus ici d'une expression inexacte, en disant *nés*

procréés hors du mariage ont été légitimés par le mariage subséquent de leurs père et mère, sont tous, d'après le Code, placés sur la même ligne, et également soumis à la puissance paternelle [dont les règles seront exposées dans le titre suivant.] *Acquiritur patria potestas justis nuptiis vel per legitimationem.* Ici, nous nous occuperons d'abord des enfants légitimes proprement dits, ensuite des enfants légitimés, [enfin des enfants illégitimes, c'est-à-dire nés hors mariage.]

CHAPITRE I.

DES ENFANTS LÉGITIMES.

§ 160. *Notions générales sur la preuve de la filiation, la réclamation d'état et la contestation d'état.*

La qualité d'enfant légitime résultant de la conception dans le mariage, on suppose toujours, lorsqu'un enfant réclame l'état d'enfant légitime, que les personnes dont il se prétend issu étaient unies entre elles par un mariage valable, d'une manière absolue ou tout au moins relative, V. § 125, et dont l'existence peut être prouvée.

Tout ce qui a été dit au titre du *Mariage*, au sujet de la preuve de la célébration du mariage, V. § 116, et des conditions de sa validité, est également applicable au cas où la preuve de la légitimité d'un enfant dépend de la preuve ou de la validité du mariage [1].

L'existence ou la validité du mariage étant admise, plusieurs questions peuvent se présenter en ce qui touche la filiation légitime de la personne qui se prétend issue des conjoints.

On peut se demander si l'enfant mis au monde par sa mère pendant le mariage, ou peu de temps après la dissolution du mariage, doit être considéré comme un enfant réellement conçu dans le mariage. On peut se demander encore si l'enfant est réellement issu de la femme mariée qu'il dit être sa mère, et s'il a réellement pour père et mère les époux auxquels il prétend devoir le jour. En d'autres termes, on peut contester, ou d'une manière générale

dans le mariage, puisque les enfants *conçus* dans le mariage sont également légitimes. Nous nous sommes servis de préférence du mot *procréés*, qui est plus général.]

[1] Proudhon, 2, p. 53; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 1, 2; Cass., 5 fév. 1808; Paris, 9 mai 1811. Toutefois, un mariage contracté notoirement est présumé valable, sous la réserve de l'*exceptio nullitatis*, de la part de celui qui voudrait l'attaquer, Toullier, 2, n. 882. [Sur le cas où l'acte de mariage n'est pas représenté, V. sup., § 116.]

que l'enfant soit issu du mariage, ou, plus spécialement, en reconnaissant qu'il est issu de la femme, contester qu'il soit issu du mari. Dans un cas, la paternité seule est en litige ; dans l'autre cas, le litige porte sur la filiation légitime de l'enfant par rapport aux deux époux, et par conséquent aussi sur sa filiation maternelle. Si la paternité seule est contestée, l'enfant a pour lui la règle de l'art. 312 : *Pater is est quem legitimæ nuptiæ demonstrant.* V. § 161. Mais si l'on conteste que l'enfant soit issu du mariage, avant de pouvoir se placer sous l'égide de cette règle, il faut qu'il prouve sa filiation maternelle [2]. V. § 162, note 1.

Les actions relatives à l'état d'un enfant légitime [3] sont des actions en *réclamation d'état*, lorsqu'elles ont pour but de faire attribuer à une personne l'état d'enfant légitime ; ou des actions en *contestation d'état*, lorsqu'elles ont pour objet d'enlever cet état à celui qui en a la possession. Les actions en désaveu sont une espèce de contestation d'état, en donnant à cette dénomination le sens le plus large ; mais l'action en contestation d'état, prise dans son acception la plus restreinte, ne comprend pas l'action en désaveu.

Lorsqu'un enfant est né d'une femme mariée, pendant le mariage, ou après la dissolution du mariage, avant l'expiration du délai déterminé par l'article 315, V. le paragraphe suivant, l'enfant, d'une part, n'a pas besoin de réclamer l'état d'enfant légitime, parce qu'il a pour lui la présomption légale de la règle : *Pater is est quem nuptiæ demonstrant ;* et, d'autre part, son état ne peut lui être contesté qu'au moyen de l'action en désaveu. Nous nous occuperons au § 161 de cette action, que des prescriptions légales particulières distinguent essentiellement [4] des autres actions en contestation d'état. Lorsqu'au contraire un enfant est né après l'expiration du délai déterminé par l'article 315, c'est par une action en contestation d'état que sa légitimité peut être attaquée [5].

La question de savoir si un enfant est né d'une femme mariée, en d'autres termes, s'il est issu du mariage, donne également lieu

[2] V. Richefort, *Essai sur la paternité et la filiation*.

[3] On donne à l'objet de ces actions le nom de *questions d'état*, art. 327. L'art. 326 les qualifie de *réclamations d'état*. V. § 83. — Il ne faut pas confondre avec ces actions celles qui ont pour objet la rectification d'un acte de l'état civil. V. § 79 ; Duranton, 3, n. 152.

[4] Il résulte de cette distinction qu'il ne faut pas, sous l'apparence d'une action en contestation d'état, introduire une action en désaveu ; en d'autres termes, il faut rechercher soigneusement, dans tous les cas où l'état d'une personne est attaqué, si l'action appartient à la première ou à la seconde catégorie, Proudhon, 2, p. 75. [Cette distinction est d'autant plus importante que les conditions d'exercice de ces deux actions ne sont pas les mêmes.]

[5] Ainsi l'action peut, dans ce cas, être introduite par toute partie intéressée, comme par l'enfant lui-même, si un tiers lui conteste l'état d'enfant légitime, Toullier, 2, n. 832 et 836 ; Duranton, 3, n. 64 et s.; [Marcadé, sur l'art. 315 ; Demolombe, 5, n. 81 et s.]

à une action en réclamation d'état, quand il s'agit d'attribuer cette filiation à celui qui n'a pas la possession d'état d'enfant légitime ou des droits attachés à cet état[6]; ou à une action en contestation d'état, lorsque la filiation est contestée à l'enfant, malgré sa possession d'état. En d'autres termes, la question d'état peut se présenter, soit sous la forme d'une action en réclamation d'état, soit sous la forme d'une action en contestation d'état. Dans les deux cas, elle doit être résolue par les mêmes principes[7].

Néanmoins, il y a entre les deux cas une distinction à faire relativement aux personnes qui ont le droit d'intenter l'action.

L'action en réclamation d'état ne peut, en général, être intentée que par l'enfant lui-même[8]; ses héritiers et ayants

[6] Celui qui a la possession d'état n'a pas besoin de le réclamer. Ainsi lorsque l'art. 329 dit que l'action en réclamation d'état ne passe aux héritiers qu'autant qu'elle a déjà été intentée par l'enfant et seulement à titre d'*actio præparata*, cela ne doit s'entendre que du cas où l'état de l'enfant a été contesté de son vivant. L'art. 329 n'est donc point opposable à ceux qui prétendent à une succession en leur qualité de représentants de l'enfant et qui ont à administrer à cette fin la preuve de sa filiation, lorsque l'enfant était en possession paisible de son état, Toullier, 2. n. 913; Duranton, 3, n. 152; Aix, 17 août 1808; Pau, 9 mai 1829; [Demolombe, 5, n. 295. V. *inf.*, note 8 et s.]

[7] Ainsi la réclamation d'état peut être formée contre toute personne qui conteste l'état, et la contestation d'état contre toute personne qui s'attribue un état.— Relativement à l'effet de la chose jugée en matière de questions d'état, V. Proudhon, 2, p. 76; Duranton, 3, n. 161; Merlin, *Quest.*, v° *Questions d'état*, § 2 et 3; [Bonnier, *Des preuves*, n. 703; Demolombe, 5, n. 307 et s.]; Cass., 6 janv. 1809; 9 août 1821; Montpellier, 24 janv. 1822; [Angers, 11 avril 1821 et Cass., 28 juin 1824.]

[8] [L'action en réclamation d'état n'a pas le même objet quand elle est intentée par l'enfant que lorsqu'elle est intentée par ses héritiers ou ayants cause. V. la note qui suit. — Intentée par l'enfant, elle a d'abord et principalement pour objet son état, c'est-à-dire un intérêt moral, immatériel, d'ordre public, auquel il ne peut renoncer, sur lequel il ne peut ni traiter ni transiger, une chose personnelle et généralement intransmissible. Cette action a secondairement pour objet les intérêts pécuniaires qui se rattachent à un état constant ou reconnu, intérêts d'où résulte un droit essentiellement transmissible comme toutes les choses appréciables en argent. V. Demolombe, 5, n. 278 et s., et Marcadé, sur les art. 328 et s. C'est cette différence d'intérêt entre l'enfant et ses héritiers ou ayants droit qui sert de base aux solutions qui vont suivre. — Ainsi les créanciers de l'enfant ne peuvent, de son vivant, former en son nom une action en réclamation d'état, alors même que cette réclamation se rattacherait à un intérêt pécuniaire né et actuel, parce que tant que vit l'enfant, l'intérêt pécuniaire ne peut être séparé de l'intérêt moral, de la question d'état au succès de laquelle il est subordonné, et que l'intérêt moral qui domine l'intérêt pécuniaire sert de fondement à une action unique et à un droit exclusivement attaché à la personne de l'enfant, art. 1166. Toutefois, les auteurs sont très-divisés sur ce point, et si généralement on refuse aux créanciers le droit d'intenter une réclamation d'état au nom de leur débiteur, en l'absence de tout intérêt pécuniaire né ou actuel, V. Marcadé sur l'art. 1166; Demolombe, 5, n. 282, d'autres leur accordent cette action quand elle se présente sous la forme d'une action en pétition d'hérédité, formée par les créanciers au nom de leur débiteur, et que la réclamation d'état ne fait que venir à l'appui de cette action, V. Toullier, 8, n. 372; Valette sur Proudhon, 2, p. 122; Richefort, n. 173; Marcadé, sur l'art. 1166; distinction repoussée avec raison par Demolombe, 5, n. 283.— Enfin, les créanciers, qui ne peuvent exercer en aucune manière l'action en réclamation d'état de leur débiteur, ne pour-

droit[9] ne peuvent que la continuer[10]. Cette action ne peut même être continuée par les héritiers et ayants droit lorsque l'enfant, après avoir intenté cette action, y a renoncé formellement[11] et valablement[12] par un désistement[13], ou lorsqu'il a laissé écouler trois années sans poursuites, à dater du dernier acte de procédure[14]. Cependant la règle que cette action ne peut être intentée que par l'enfant lui-même, mais non par ses héritiers et ayants droit, souffre une exception, lorsque l'enfant qui a négligé d'intenter l'action est mort avant sa majorité[15] ou dans

raient, sauf les cas de fraude, soutenir sa légitimité même par voie d'exception. V. sur ce dernier point Duranton, 3, n. 160, et 10, n. 563; Demolombe, 5, n. 284; Devilleneuve, 36, 1, 636. — Sur le point de savoir si les créanciers peuvent exercer l'action en réclamation d'état après le décès de leur débiteur, V. la note suivante.]

[9] Les art. 329 et 330 ne mentionnent que les héritiers, mais la même faculté paraît devoir être reconnue à d'autres ayants droit. Très-souvent le Code Napoléon ne mentionne que les héritiers, lorsqu'il est pourtant manifeste qu'il entend parler de tous les ayants droit d'une personne, Delvincourt, sur l'art. 329; Toullier, 2, n. 914; Duranton, 3, n. 158; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 4, § 1, n. 2; Dalloz, v° *Filiation*, c. 1, sect. 3. Quelques-uns de ces auteurs ne reconnaissent toutefois le droit en question qu'aux ayants droit à titre universel. [Quand l'enfant est mort, l'action en réclamation d'état, qui ne peut plus avoir trait qu'à un intérêt pécuniaire, passe à ses héritiers sous certaines conditions qui seront ci-après expliquées, art. 329. D'où il suit que de son vivant ses descendants, même légitimes, ne peuvent l'exercer soit en son nom, soit en leur nom propre, Demolombe, 5, n. 286 et 303. V. *inf.*, note 11 et s.—L'expression générique *héritiers* comprend non-seulement les héritiers proprement dits, mais encore tous ceux qui représentent l'enfant *jure hæreditario*, ce qui comprend dans le sens le plus large tous les successeurs à titre universel, par conséquent les donataires et légataires universels ou à titre universel, Proudhon, 2, p. 83; Toullier, 2, n. 914; Duranton, 3, n. 158; Marcadé, sur les art. 328 et s.; Demolombe, 5, n. 297; mais ce qui exclut les légataires particuliers et par conséquent les créanciers qui ne sont en aucune façon les successeurs de l'enfant, *mêmes autorités*. —*Contrà*, Demolombe, 5, n. 301 et 302, et Valette sur Proudhon, 2, p. 122. — Les héritiers irréguliers peuvent aussi intenter l'action en réclamation d'état, Toullier, 2, n. 914; Proudhon, 2, p. 119; Duranton, 3, n. 158; Marcadé, sur les art. 328 et s.; Demolombe, 5, n. 297. — Il est à remarquer, au surplus, que tous ceux qui peuvent comme héritiers, successeurs ou représentants de l'enfant, exercer l'action en réclamation, ne le peuvent qu'autant qu'ils y ont un intérêt pécuniaire, né et actuel, *mêmes autorités*.]

[10] [V. *inf.*, note 17.]

[11] A l'action et non pas seulement à la procédure. V. Pr., art. 403; Duranton, 3, n. 156; [Demolombe, 5, n. 291. Le simple désistement de l'instance n'emporte pas renonciation au fond du droit.]

[12] Richefort, sur l'art. 330. [Le désistement n'est valable qu'autant qu'il a été accepté par l'adversaire de l'enfant, conformément au droit commun de l'art. 403 Pr., Demolombe, 5, n. 293; Marcadé, sur les art. 328 et s.]

[13] Cette renonciation ne peut être opposée à l'enfant, elle ne peut l'être qu'à ses héritiers ou successeurs, arg. de l'art. 1004 Pr.; obs. du Trib. et Delvincourt, sur l'art. 330; Toullier, 2, n. 914; [Duranton, 3, n. 144; Marcadé, sur les art. 328 et s.]

[14] [C'est-à-dire lorsqu'il a laissé périmer l'instance. L'instance n'est donc périmée, selon les règles du droit commun, que lorsque la péremption en a été demandée avant tout acte interruptif, conformément aux art. 399 et 400 Pr., Marcadé, sur les art. 228 et s.; Demolombe, 5, n. 292.]

[15] [Le désistement du tuteur de l'enfant mineur ne peut être opposé ni à l'enfant ni à ses héritiers, Allemand, n. 821.]

les cinq années [16] qui ont suivi sa majorité [17], art. 329, 330.

L'action en contestation d'état peut, au contraire, être intentée

[16] Les exceptions de désistement et de péremption peuvent être, à ce qu'il nous semble, opposées aux héritiers, même dans le cas où l'enfant serait décédé avant l'expiration des cinq ans qui suivent sa majorité, car l'art. 329 dit : « Les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé... » Dalloz, v° *Filiation*, ch. 2, sect. 4, art. 1. Mais Maleville, sur l'art. 329, et Duranton, 3, n. 157, sont tous les deux d'un avis contraire, [ainsi que Demolombe, 5, n. 288 et s., et Marcadé, *loc. cit.*— Les art. 329 et 330 sont loin d'être clairs. D'après l'art. 329, l'action ne peut être intentée par les héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé qu'autant qu'il est décédé mineur, ou dans les cinq années après sa majorité ; en d'autres termes, si l'enfant meurt, sans avoir réclamé, avant vingt-six ans révolus, le défaut de réclamation ne peut être opposé à ses héritiers ; et si, au contraire, il meurt après vingt-six ans, sans avoir réclamé, il y a de sa part présomption de renonciation tacite qui empêche ses héritiers de pouvoir réclamer à sa place. Jusque-là pas de difficulté. Vient ensuite l'art. 330 qui porte que les héritiers peuvent suivre l'action lorsqu'elle a été commencée par l'enfant, à moins qu'il ne se fût désisté formellement, ou qu'il n'eût laissé passer trois années sans poursuites à compter du dernier acte de la procédure. Il résulte d'abord incontestablement de cette disposition que si l'enfant meurt âgé de plus de vingt-six ans, après avoir intenté l'action et avoir ensuite renoncé à cette action, soit en se désistant, soit en laissant périmer l'instance, cette renonciation est opposable à ses héritiers lors même qu'il s'agirait d'une action, d'un désistement ou d'une péremption antérieure à l'époque où l'enfant a atteint ses vingt-six ans. La généralité des termes de l'art. 330 ne laisse aucun doute à cet égard. Mais en est-il de même et la renonciation prévue par l'art. 330 est-elle opposable aux héritiers de l'enfant qui est mort avant vingt-six ans, après avoir réclamé et avoir renoncé à sa réclamation, en se désistant de son action ou en laissant périmer l'instance? Telle est la question, et nous avouons qu'il nous semble indubitable que l'art. 330 ne distingue pas plus dans ce cas que dans l'autre, et qu'il attribue le même effet à la renonciation résultant du désistement ou de la péremption, lorsque l'enfant est mort avant sa vingt-sixième année que lorsqu'il est mort après. Les art. 329 et 330 se complètent l'un par l'autre. Si l'article 329 ouvre l'action aux héritiers de l'enfant qui n'a pas réclamé, quand il est décédé avant sa vingt-sixième année, l'art. 330 intervient pour limiter leur droit, si l'enfant a réclamé, au cas où il n'a pas renoncé à sa réclamation ; et si cette renonciation leur est opposable quand l'enfant meurt après vingt-six ans, il n'y a aucune raison pour qu'elle demeure inefficace quand il meurt avant vingt-six ans. Quel est, après tout, l'esprit de la loi? C'est que l'enfant qui ne réclame pas avant sa vingt-sixième année est présumé renoncer à son action ; et c'est cette présomption de renonciation que l'art. 329 oppose à ses héritiers : et l'on voudrait que la renonciation formelle de l'enfant, résultant d'un désistement ou d'une péremption, ne produisît pas le même effet qu'une renonciation présumée? C'est ce qui ne nous paraît pas admissible, malgré le poids des autorités contraires. — Du reste, il est bien évident que le seul désistement opposable aux héritiers est un désistement de l'action, art. 330 ; et, ce point admis, nous ne sommes pas fort éloignés de nous entendre avec M. Demolombe. V. *loc. cit.*]

[17] Lorsque l'enfant est décédé après sa vingt-sixième année sans avoir intenté l'action, ses héritiers ne seraient pas recevables à l'intenter, même en demandant à prouver que leur auteur n'a jamais connu *son état*. Duranton, 3, n. 151 ; [Toullier, 2, n. 910 ; Marcadé, sur les art. 328 et s. ; Demolombe, 5, n. 294. Le décès sans réclamation établit une présomption de renonciation contre laquelle aucune preuve n'est admise. — Les conditions auxquelles est soumise la réclamation des héritiers, qui viennent d'être exposées dans le texte et dans les notes qui précèdent, sont-elles exigées pour tous les héritiers quels qu'ils soient, descendants, collatéraux ou autres ayants droit, ou bien les descendants en sont-ils affranchis? Selon les uns, la réclamation des descendants de l'enfant ne peut jamais être repoussée par des fins de non-recevoir ou des renonciations procédant de l'enfant lui-même, parce que de leur part l'action qu'ils intentent a pour objet leur état : les petits-enfants réclament leur aïeul, comme l'enfant réclame son père, Marcadé, sur les art. 328 et s. ; Ducaurroy, 1, n. 470. — Selon les autres,

par toute personne[18] ayant un intérêt juridique quelconque[19] à contester l'état que s'attribue une autre personne. Lorsque, par exemple, un individu a pris le nom ou les titres d'une famille, chaque membre de cette famille peut agir à l'effet de le contraindre à justifier de son droit de porter le nom qu'il se donne, ou à renoncer à porter ce nom[20].

L'action en réclamation d'état est imprescriptible, en tant qu'elle appartient à l'enfant[21], art. 328.

L'action en contestation d'état se prescrit par le temps ordinaire, art. 2262 combiné avec l'art. 328[22]. V. *inf.*, § 162.

Les tribunaux civils[23] sont seuls compétents pour connaître des

au contraire, dont l'opinion doit être suivie, la dénomination générique d'héritiers comprend les héritiers directs ou descendants, comme les héritiers collatéraux; et, d'ailleurs, toutes les dispositions du Code sur la paternité et la filiation ne s'occupent que des rapports du père ou de la mère avec l'enfant, et jamais des rapports des ascendants avec les descendants: d'où la conséquence qu'en parlant des héritiers par opposition à l'enfant, le Code a compris sous cette dénomination tous les ayants droit au bénéfice d'une filiation, autres que l'enfant, et, par conséquent, les descendants de l'enfant: autrement, par un oubli inconcevable, le législateur aurait omis de régler les droits des descendants de celui qui serait mort sans avoir réclamé ou sans avoir fait juger son état, Proudhon, 2, p. 121; Toullier, 2, n. 910; Duranton, 2, n. 151; Demolombe, 5, n. 303.]

18 [Même par les parents non successibles, Bruxelles, 2 juill. 1807.]

19 [Moral aussi bien que pécuniaire, Merlin, *Rép.*, v° *Quest. d'état*, § 3, art. 2, n. 6; Demolombe, 5, n. 325.]

20 Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 1, § 2; Cass., 12 juin 1819.

21 Mais l'action des héritiers, art. 329, se prescrit par trente ans, [à partir du décès de l'enfant], Proudhon, 2, p. 81 et 88; Toullier, 2, n. 910, 913; Duranton, 3, n. 154; Delvincourt, sur l'art. 329; [Richefort, n. 166; Marcadé, sur l'art. 328; Demolombe, 5, n. 279 et s.] — Il en est de même de l'action en désaveu. [V. sur ce point, *inf.*, note 22.] L'action en réclamation d'état ne devrait-elle pas être imprescriptible à l'égard des descendants de l'absent? [V. sur ce point, *sup.*, note 17.] — Il est à remarquer, au surplus, que lors même que l'action en réclamation d'état, en tant qu'elle compète à l'enfant, est imprescriptible, les actions qui en dépendent, comme, par exemple, l'*hæreditatis petitio*, sont néanmoins prescriptibles, Toullier, 2, n. 909; [Marcadé, sur l'art. 328; Demolombe, 5, n. 281. C'est l'état et l'intérêt moral qui s'y attache qui sont imprescriptibles, parce qu'on ne peut y renoncer. Mais comme l'enfant peut renoncer à l'intérêt pécuniaire, ses droits, sous ce rapport, sont prescriptibles.] L'art. 328 n'est point applicable à l'action par laquelle le demandeur prétend à la qualité d'enfant naturel, Aix, 16 juin 1836, S. V., 37, 2, 25.

22 [C'est une erreur : l'action en contestation d'état proprement dite, V. *sup.*, dans ce paragraphe, est imprescriptible, parce que l'état ne peut pas plus s'acquérir que se perdre par la prescription, Toullier, 2, n. 908; Demolombe, 5, n. 328. Quant à l'action en désaveu, elle est renfermée dans un très-bref délai dont le point de départ est déterminé par les art. 316 et 317; et il est bien évident que tant que ce point de départ n'est pas échu, aucune prescription ne peut courir contre ceux à qui cette action est ouverte.]

23 Un juge de paix ou un tribunal de commerce peuvent-ils incidemment connaître de l'état d'une personne? V. sur cette question et d'autres semblables, Merlin, *Rép.*, v° *Quest. d'état*. [Quoique juges civils, les juges de paix ont une compétence limitée à certaines affaires civiles, parmi lesquelles les questions d'état ne peuvent rentrer à aucun point de vue, L. 25 mai 1838. — Quant aux tribunaux de commerce, leur incompétence en cette matière résulte expressément de l'art. 426 Pr., Cass., 13 juin 1808; Massé, *Droit comm.*, 2, n. 207. — Les tribunaux civils français sont même incompétents, en général du moins, pour statuer sur les questions d'état entre étran-

questions d'état [24], art. 326. Ainsi le délit de suppression d'état d'un enfant ne peut être poursuivi qu'après le jugement en dernier ressort de la question d'état [25] par les tribunaux civils, art. 327.

gers, parce que l'état des personnes qui tient à l'ordre public ne peut être soumis à une juridiction étrangère. Toutefois les tribunaux français pourraient juger une question d'état entre étrangers, si elle était incidemment soulevée à l'occasion d'une contestation dont ils seraient compétemment saisis, Massé, *ibid.* — De ce que les tribunaux civils sont seuls compétents pour connaître des questions d'état, il suit que l'action civile à laquelle peut donner lieu une question d'état ne peut être poursuivie en même temps et devant les mêmes juges que l'action publique : l'art. 326 déroge pour ce cas à l'art. 3 I. cr. — Néanmoins l'incompétence des tribunaux criminels en cette matière ne s'étend pas au cas où le délit n'a pas pour objet l'état d'une personne, mais où cet état figure seulement dans le procès comme élément d'existence ou d'aggravation du crime. V. Carnot, *Comm. du Code pén.*, 2, p. 24 ; Bouguignon, *Code crim.*, 1, p. 34 ; Mangin, *Act. publ.*, 1, p. 459. C'est en ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 27 nov. 1812, que dans une accusation de parricide la Cour d'assises est compétente pour statuer sur la qualité de fils adoptif attribuée à l'accusé dans l'acte d'accusation et qui constitue l'un des éléments du crime.]

[24] L'art. 326 ne doit pas être étendu à des cas autres que ceux qu'il concerne, c'est-à-dire à des actions autres que les questions d'état dans le sens le plus étroit, car il contient une exception à la règle. V. I. cr., art. 3 ; V. aussi Vazeille, 1, 204 ; Merlin, *Rép.*, v° *Légitim.*, sect. 4, § 4, n. 5. [Il faut donc, pour que l'art. 326 soit applicable, que la filiation de l'enfant soit en question, comme dans le crime de suppression d'état et dans celui de supposition de part. Mais il en serait autrement, par exemple, dans le cas de suppression, enlèvement ou recel de la personne même d'un enfant, Cass., 16 sept. 1823 ; 8 avril 1826 ; 4 août 1842, S. V., 42, 1, 777 ; 1er oct. 1842, S. V., 43, 1, 152 ; Merlin, *Rép.*, v° *Supp. de pers.*, § 2, n. 2 : Mangin, 1, p. 434 ; Chauveau et Hélie, *Théor. du Code pén.*, 6, p. 338 ; Demolombe, 5, n. 273 et s.] — L'article n'est donc point par conséquent applicable au cas où dans une affaire criminelle la question est de savoir si l'inculpé a pris un faux nom. [C'est dans ce sens qu'il a été jugé par la Cour de cassation, le 8 mai 1828, que la question de savoir si un individu traduit devant la Cour d'assises, comme ayant, dans l'acte civil de son mariage, usurpé le nom, l'âge et le domicile d'un autre, et par suite comme s'étant rendu coupable de faux, est ou n'est pas la même personne dont on l'accuse d'avoir pris le nom, l'âge et le domicile, ne peut être réputée question préjudicielle donnant lieu à l'examen d'une question d'état dont il faudrait renvoyer la solution aux tribunaux civils ; et que ce n'est là qu'une question d'identité de personne, entièrement liée avec l'accusation, et dont la décision est exclusivement de la compétence de la Cour d'assises.]

[25] En d'autres termes, toutes les fois que la question d'état est préjudicielle pour la décision d'une affaire criminelle, elle doit être décidée purement et simplement et au préalable, c'est-à-dire lors même que la demande de la partie civile n'est pas encore intentée devant les tribunaux civils au moment où le ministère public intente l'action criminelle. [En cette matière, et par dérogation aux règles ordinaires, l'action publique est subordonnée à l'action civile, tellement que si l'action civile n'est jamais exercée par la partie civile, l'action publique ne pourra jamais être exercée par le ministère public. Non-seulement ici le *civil tient le criminel en état*, à l'inverse de ce qui a lieu d'après le droit commun où le *criminel tient le civil en état*, mais encore on peut dire que le civil tient le criminel en *échec*, puisque tant que le civil n'a pas agi et n'a pas été jugé, le criminel ne peut se mettre en mouvement. « L'action criminelle, dit l'art. 327, ne pourra *commencer* qu'après le jugement définitif sur la question d'état. » Cass., 20 prair. et 10 mess. an XII ; 2 mars 1809 ; 9 fév. 1810 ; 3 mars 1813 ; 21 juill. 1831, S. V., 32, 1, 107 ; 9 juin 1838, S. V., 38, 1, 1008 ; Toullier, 2, n. 909 et s. ; Duranton, 3, n. 165 ; Legraverend, *Législ. crim.*, 1, p. 31 et s. ; Carnot, 2, p. 150 ; Mangin, 1, n. 186 et s. ; Demolombe, 5, n. 270. — *Contrà*, Merlin, *Quest.*, v° *Suppress. d'état*, § 2 ; Richefort, 1, n. 24 et 151 ; Marcadé, sur les art. 226 et 227, d'après lesquels l'art. 327 ne serait applicable que dans le cas où l'action civile est déjà intentée au

La procédure à suivre, en matière de questions d'état, est celle du droit commun, la loi ne contenant aucune prescription particulière à ce sujet[26]. V. cependant Pr., art. 48 et 83, n. 2.

§ 161. *De la filiation légitime et de l'action en désaveu.*

L'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari [1]. Il est donc légitime[2], art. 312, § 1.

Mais à partir de quelle époque l'enfant né après la célébration du mariage, et jusqu'à quelle époque l'enfant né après la dissolution du mariage, doit-il être considéré comme conçu dans le mariage? Et, lorsqu'un enfant est réputé conçu dans le mariage, et a par conséquent pour lui la présomption d'une filiation légitime, cette présomption lui est-elle acquise d'une manière absolue? Telles sont les questions qu'il s'agit de résoudre[3].

moment où le ministère intente l'action publique, mais non à celui où aucune action civile n'est intentée au moment où le ministère public commence la poursuite criminelle. — Sur le point de savoir à quelles questions d'état l'art. 327 est applicable, V. *sup.*, la note 24, explicative de l'art. 326.]

[26] Toullier, 2, n. 901 et s. [En appel, les questions d'état doivent être jugées en audience solennelle, Décr. 30 mars 1808, art. 22.]

[1] [*Pater is est quem nuptiæ demonstrant*, L. 5, Dig., *De in jus vocando*.]

[2] [La légitimité de l'enfant repose alors sur une certitude et deux présomptions : la certitude que l'enfant est né de telle femme mariée; la présomption qu'il a été conçu dans le mariage, et cette autre présomption qu'il est conçu des œuvres du mari. De ces trois faits, dont la réunion constitue la légitimité de l'enfant, un seul en effet est susceptible d'une preuve complète et directe : c'est le fait de la maternité. Quant au fait de la conception, nous verrons tout à l'heure comment, sous quelles conditions et dans quelles limites la loi le présume d'après le fait connu de la naissance; et quant au fait de la paternité, nous verrons aussi quelle est la force de la présomption qui l'attribue au mari, et dans quels cas cette présomption cesse devant des preuves ou des présomptions contraires. Observons dès à présent que la présomption que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari n'est point altérée, pourvu d'ailleurs que la filiation maternelle ne soit pas contestée ou soit prouvée, par la circonstance que l'enfant a été désigné dans son acte de naissance comme né d'un père inconnu, Paris, 28 juin 1819; ou d'un autre que le mari, Paris, 6 janv. 1834, S. V., 34, 2, 131; qu'il a été reconnu par le tiers indiqué comme père, Montpellier, 28 mars 1838, S. V., 39, 2, 279; ou même par la circonstance que les noms de la mère ont été dénaturés dans l'acte de naissance, Cass., 19 mai 1840, S. V., 40, 1, 524. V. Duranton, 3, n. 114 et s.; Bonnier, *Des preuves*, n. 432; Marcadé, sur l'art. 319. V. *inf.*, § 162, note 3. Le mari a sans doute alors le droit soit de désavouer l'enfant, V. *inf.*, note 8 et s., et 27 et s., soit même de contester sa légitimité sans être obligé de recourir à la voie extraordinaire du désaveu, Toullier, 2, n. 893; Merlin, *Quest.*, v° *Légitimité*, § 2; Duranton, 3, n. 137; mais s'il échoue dans son action, la présomption reprend sa force, et l'enfant est réputé légitime sans avoir rien autre chose à prouver, Cass., 13 fév. 1839, S. V., 40, 1, 118.]

[3] [Il y a en effet trois époques à déterminer pour reconnaître si un enfant doit être présumé conçu dans le mariage : 1° La naissance d'un enfant, postérieure à la célébration du mariage, peut arriver dans un temps plus ou moins voisin de la célébration, et tel qu'il y ait doute sur le point de savoir si la conception est, comme la naissance, postérieure au mariage : la naissance alors est prématurée. — 2° La naissance postérieure à la dis-

Tempus à quo. — L'enfant a pour lui la présomption de filiation légitime, lorsqu'il est né au plus tôt le 180e jour après celui de la célébration du mariage, ou, ce qui revient au même, le 181e jour à partir de celui de la célébration du mariage, y compris ce jour[4], c'est-à-dire au commencement du septième mois[5], arg. art. 312, 314. L'enfant né plus tôt ne profite pas du bénéfice de la présomption de légitimité. Mais il ne faut pas conclure de cette disposition que l'enfant né plus tôt doive être regardé comme illégitime de plein droit : s'il n'a pas été désavoué par le mari, on doit le considérer plutôt comme tacitement légitimé[6], pourvu toutefois qu'il pût être légitimé par le mariage subséquent[7].

solution du mariage peut arriver dans un temps plus ou moins éloigné de cette dissolution, et tel qu'il y ait doute sur le point de savoir si la conception est postérieure ou antérieure à la dissolution du mariage : la naissance est alors tardive. — 3° Enfin la naissance peut arriver dans un temps tellement éloigné de la célébration du mariage, ou tellement rapproché de sa dissolution, qu'il n'y ait pas de doute possible sur le temps de la conception. Ces trois époques répondent au *tempus à quo*, au *tempus ad quod* et au *tempus medium*, et sont réglées par des règles spéciales, qui sont ci-dessus successivement exposées.]

[4] Loi 12, Dig., *De statu hominum;* L. 3, § 12, Dig., *De suis et legitimis hæredibus;* Delvincourt, 1, p. 101. — Toullier, 2, n. 791 et 828, compte autrement en ce qu'il compte dans les 180 jours celui de la célébration du mariage; de même Duranton, 3, n. 44. Il est certain que les articles du Code civil relatifs à cette matière ne sont pas rédigés de façon à ne point autoriser des différences d'opinion, mais il paraît résulter de la discussion au Conseil d'Etat que l'on n'avait nullement l'intention de s'éloigner du droit romain ni de l'opinion de la plupart des physiologistes qui sont d'accord avec les principes de ce droit. V. sur l'historique de la doctrine *De tempore à quo et ad quod legitimæ nativitatis*, *Jurispr. du Code civil*, 4, p. 452. [Il est certain d'abord que la loi ne compte pas le délai *de momento ad momentum*, mais *de die ad diem*. Néanmoins, le jour du mariage doit être compris dans le délai de 180 jours, parce que la conception a été possible le jour du mariage, et qu'en ajoutant ce jour aux 179 qui l'ont suivi, il y a eu 180 jours utiles, et c'est là ce que la loi a voulu.— Quant au jour de la naissance, il est nécessairement compris dans ce délai, puisque l'art. 314 parle de l'enfant né avant le 180e jour. En résumé, il faut compter 178 jours pleins, auxquels on ajoute celui du mariage et celui de la naissance, ce qui fait 180, Duranton, 3. n. 32; Marcadé, sur l'art. 312.—*Contrà*, en sens divers, Toullier, 2, n. 792; Valette sur Proudhon, 2, p. 86 et s.; Demolombe, 5, n. 19.]

[5] [Telle est, en effet, la durée légale de la gestation la plus courte. Les documents scientifiques et physiologiques soumis au Conseil d'Etat fixaient la durée de la gestation dans les naissances accélérées à cent quatre-vingt-six jours. Le Conseil d'Etat adopta la durée de cent quatre-vingts jours, comme plus favorable à la légitimité de l'enfant. V. Locré, 6, p. 50 et s.]

[6] Delvincourt, sur l'art. 314; Duranton, 3, n. 20. D'autres auteurs considèrent un pareil enfant comme *légitime*, sous réserve du désaveu, Proudhon, 2, p. 10; Orléans, 16 fév. 1809. [L'enfant conçu avant le mariage est légitimé par la célébration du mariage, et naît ensuite légitime dans le mariage, Merlin, *Rép.*, v° *Légitim.*, sect. 2, § 2; Favard, *eod. verb.*, § 1; Demante, 1, p. 310; Valette sur Proudhon, 2, p. 22; Marcadé, sur l'art. 314. — *Contrà*, Demolombe, 6, n. 57 et s., selon lequel l'enfant est pleinement légitime, et non légitimé. Sur les conséquences de l'une et l'autre opinion, V. la note suivante.]

[7] [Il suit de là que si au moment de la conception le père ou la mère de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour étaient engagés dans les liens d'un précédent mariage, leur mariage subséquent ne légitimerait pas leur enfant à naître, qui serait entaché du vice d'adultérinité, V. *inf.*, § 165, et qui ne pourrait par suite être considéré comme légitime.

Les prescriptions des articles 316-318, que nous aurons à expliquer tout à l'heure, doivent être observées[8] dans le désaveu d'un enfant né avant le terme fixé par l'artice 314. De plus, le mari ne peut, dans les cas suivants, désavouer l'enfant mis au monde par sa femme avant ce terme :

1° S'il a eu connaissance de la grossesse avant le mariage[9];

2° S'il a assisté comme témoin ou comme déclarant[10] à l'acte de naissance, et si, sans réserve[11] de sa part, cet acte est signé de lui ou contient sa déclaration qu'il ne sait ou ne peut signer[12];

malgré sa naissance dans le mariage, Duranton, 3, n. 24 et s.; Valette sur Proudhon, 2, p. 22; Marcadé, sur l'art. 314. — *Contrà*, Demolombe, 5, n. 63, qui répute l'enfant pleinement légitime quand il naît dans le mariage, quelle que soit l'époque de sa conception, et non pas seulement légitimé par la célébration qui intervient dans le temps intermédiaire à la conception et à la naissance. — Il en serait de même de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage de deux personnes qui ne pourraient se marier qu'en vertu de dispenses pour cause de parenté ou d'alliance. Conçu dans l'inceste, il ne pourrait devenir légitime, Marcadé, sur l'art. 331. — *Contrà*, Demolombe, 5, n. 62. — La légitimation résultant du mariage des père et mère de l'enfant né moins de cent quatre-vingt jours après le mariage, et par conséquent conçu avant le mariage, n'a pas d'effet rétroactif; il suit de là que cet enfant ne peut se prévaloir de sa qualité d'enfant légitime pour réclamer des droits ouverts postérieurement à sa conception, mais antérieurement au mariage, Cass., 11 mars 1811 ; Paris, 21 déc. 1812; Valette sur Proudhon, 2, p. 22 et s.; Marcadé, sur l'art. 314; Demolombe, 5, n. 64.]

[8] Duranton, 3, n. 22; [Demolombe, 5, n. 77. Ces articles sont relatifs au délai et à la forme de l'action en désaveu. V. *inf.*, n. 40 et s. — Le mari qui désavoue l'enfant né avant le 180e jour depuis la célébration du mariage n'a aucune justification à faire, Liége, 12 fruct. an XIII; Marcadé, sur l'art. 314.]

[9] C'est à l'enfant à en administrer la preuve, Delvincourt, sur l'art. 314. Elle peut être administrée par toute espèce de moyens. [Une preuve écrite n'est pas nécessaire.] V. Disc. et Locré, sur le même article; Proudhon, 2, p. 18; [Merlin, *Rép.*, vo *Légit.*, sect. 2, § 1, n. 6; Delvincourt, 1, p. 84; Demolombe, 5, n. 66.] Mais on ne peut pas conclure à la paternité du mari uniquement de ce qu'il a eu avant le mariage des relations équivoques avec sa femme. Cependant il faut avoir égard à cette circonstance comme *præsumptio facti, sive judicis*. Cette question controversée est décidée ainsi avec raison par Duranton, 3, n. 30, [et par Demolombe, 5, n. 67. Cette opinion, qui permet d'apprécier les faits de fréquentations antérieures et d'y voir ou de n'y pas voir selon les circonstances la preuve de la connaissance de la grossesse, tient un milieu raisonnable entre deux opinions également extrêmes et également inadmissibles, l'une qui voudrait que la preuve des faits de fréquentation ne suffît jamais pour établir que le mari a connu la grossesse, V. Proudhon, 2, p. 18; Merlin, *Rép.*, vo *Légitimité*; l'autre qui voudrait qu'elle suffît toujours. V. Toullier, 2, n. 826; Richefort, 1, n. 29.]

[10] [Demolombe, 5, n. 69. — Il faut, en d'autres termes, qu'il ait participé à l'acte.]

[11] [Ces réserves détruiraient la présomption d'aveu qui résulte de son concours à l'acte de naissance, Locré, 6, p. 46; Demolombe, 5, n. 71; Marcadé, sur l'art. 314.]

[12] On suppose ici que l'acte désigne le mari de la mère comme étant le père de l'enfant, [et qu'il assiste, déclare et signe comme tel. Si, au contraire, l'acte de naissance contenait des énonciations desquelles il résulterait que le mari de la mère ne se présente pas comme père, par exemple, si l'enfant était déclaré né d'un père inconnu, on ne pourrait voir dans le concours du mari à l'acte un aveu de paternité que contredirait l'acte lui-même. Mais l'acte ne cesserait pas d'être opposable au mari par cela seul qu'il ne contiendrait aucune énonciation relativement au père, ou que la mère n'y serait désignée que sous son nom de fille. Ces énonciations n'ayant par elles-mêmes rien de contraire à la paternité du mari, Demolombe, 5, n. 70.]

3° S'il a expressément renoncé au droit de désavouer l'enfant [13];

4° Si l'enfant est mort-né [14] ou si, étant né vivant, il n'est pas, par les hommes de l'art [15], déclaré viable [16], art. 314.

Ces exceptions sont les seules qui puissent être opposées au désaveu fondé sur un accouchement prématuré [17]. Mais, d'un autre côté, le mari auquel l'une ou l'autre de ces exceptions est opposable ne peut être admis à repousser par aucune preuve contraire la présomption de paternité qui en résulte contre lui [18].

Tempus ad quod. — L'enfant né au plus tard le 300e jour, à partir du jour de la dissolution du mariage, ou le 299e jour après le jour de la dissolution du mariage, ce jour non compris [19], c'est-

[13] Proudhon, 2, n. 12; Delvincourt, sur l'art. 314; Toullier, 2, n. 824; Duranton, 3, n. 32. [Une renonciation formelle à l'action en désaveu doit avoir autant d'efficacité que la présomption de renonciation qui résulte, soit de la connaissance de la grossesse antérieure au mariage, soit de l'assistance et du concours à l'acte de naissance, Marcadé, sur l'art. 314; Demolombe, 5, n. 74.] Une renonciation faite dès avant la naissance de l'enfant serait même suffisante, [puisque la loi se contente de la connaissance de la grossesse qui est une présomption antérieure à la naissance.] Mais une renonciation tacite autre que celle qui résulte des cas prévus par l'art. 314, c'est-à-dire de la connaissance de la grossesse et du concours à l'acte de naissance, serait difficilement opposable à l'action en désaveu. [Toutefois, l'art. 314 n'est pas limitatif: la présomption d'aveu de paternité, ou, ce qui revient au même, de renonciation à l'action en désaveu peut résulter d'autres circonstances que celles qui sont mentionnées dans l'art. 314; mais elles ne doivent être admises qu'avec beaucoup de discrétion et de réserve, Toullier, 2, n. 824; Demolombe, 5, n. 76; Marcadé, sur l'art. 314.]

[14] Richefort, sur l'art. 314.

[15] Proudhon, 2, p. 11; [Demolombe, 5, n. 72.] La preuve de la non-viabilité doit être faite par la partie qui soutient la non-recevabilité du désaveu.

[16] Cette exception, qui a pour but d'éviter le scandale d'une action qui ne profiterait à personne, ne doit pas être entendue dans un sens démonstratif, mais bien dans un sens limitatif. — Si l'enfant, quoique né vivant et viable, était cependant décédé dans la suite, l'action pourrait encore être intentée et suivie après sa mort, [Demolombe, 5, n. 73.]

[17] [Ainsi on ne pourrait être admis à prouver contre le mari qu'il est le père de l'enfant. Son désaveu, s'il est recevable, est péremptoire.] On ne pourrait non plus opposer au mari qu'il a enlevé sa femme, Proudhon, 2, p. 26. L'enlèvement ne paraît devoir être pris en considération que comme preuve de la connaissance que le mari aurait eue de la grossesse de sa femme, art. 340. V. cependant Dalloz, v° *Filiation*, ch. 1, sect. 2. [Nous croyons que le fait de l'enlèvement ne peut par lui-même être une exception contre l'action en désaveu d'un enfant né prématurément. L'art. 340, qui permet la recherche de la paternité en cas d'enlèvement, est relatif aux enfants naturels, et il s'agit ici de la filiation légitime. — *Contrà*, Demolombe, 5, n. 79. Mais nous croyons aussi que l'enlèvement de la femme pourrait être fort utilement invoqué comme preuve de la connaissance que le mari aurait eue de la grossesse de sa femme.]

[18] V. Dalloz, *loc. cit.* [En d'autres termes, le mari dont une exception fait présumer la paternité ne peut être admis à prouver qu'il n'est pas le père de l'enfant, Demolombe, 5, n. 80.]

[19] Delvincourt, 1, p. 101. Duranton, 3, n. 44, paraît compter autrement. [En effet, Duranton ne comprend pas dans les trois cents jours celui de la dissolution du mariage, et c'est avec raison: l'art. 315 disant 300 jours après la dissolution du mariage, il est clair qu'on ne peut compter le jour de la dissolution, et que l'enfant a droit à trois cents jours utiles, Marcadé, sur l'art. 315; Demolombe, 5, n. 19.]

à-dire à la fin du dixième mois[20] au plus tard, est présumé légitime[21].

L'enfant mis au monde plus tard, au commencement du 11e mois, par exemple, n'a donc pas besoin d'être désavoué[22]. Mais tout

[20] [Telle est la durée légale de la gestation la plus longue, que les données scientifiques limitent à 286 jours, mais que le Code a portée, en faveur de l'enfant, à 300 jours. V. Locré, 6, p. 50 et s.]

[21] Si donc l'enfant est venu au monde dans les trois cents jours qui suivent la dissolution du mariage, les héritiers du mari ne peuvent être admis à la preuve que celui-ci se trouvait dès avant sa mort dans l'impossibilité de cohabiter avec sa femme, Dalloz, v° *Filiation*, ch. 1, sect. 1; [Bruxelles, 15 juill. 1822. — Cette présomption de légitimité ne peut être combattue arbitrairement par des preuves contraires quand il n'y a pas une cause légale de désaveu. Cependant cette présomption doit ou peut cesser quand elle se trouve combattue par une présomption ou par un fait contraire. Ainsi, si la femme, malgré la prohibition de l'art. 228, se remarie peu de temps après la mort de son mari et met au monde, dans son second mariage, un enfant, moins de trois cents jours après la dissolution du premier, les tribunaux auront à apprécier, d'après les circonstances, lequel des deux maris doit être réputé le père de l'enfant, Duranton, 3, n. 63; Valette sur Proudhon, p. 49 et s.; Duvergier sur Toullier, 2, n. 666. Selon Demolombe, 5, n. 93 et s., l'enfant devrait être, dans tous les cas, attribué au second mariage; mais cette opinion nous paraît trop absolue et pourrait être, en certains cas, difficile à concilier avec les faits.—Ainsi encore, si la veuve accouche successivement de deux enfants, l'un né peu de jours après la dissolution du mariage, et l'autre né dans les trois cents jours à la suite d'une autre grossesse, il est clair que le second enfant ne pourrait invoquer la présomption de l'art. 315, qui ne s'applique d'après son esprit, et on peut même dire d'après ses termes, qu'à l'enfant né d'une grossesse qui, d'après la date de l'accouchement, pouvait être présumée exister déjà au jour de la dissolution du mariage, Demolombe 5, n. 92.—Si l'enfant, né dans les trois cents jours de la dissolution du mariage, est reconnu par un tiers, nous croyons que cette reconnaissance ne peut pas plus être invoquée pour lui qu'elle ne peut lui être opposée. L'enfant né dans les trois cents jours est réputé l'enfant du mariage, il est légitime, et par conséquent on doit considérer comme nulle la reconnaissance qui ferait de lui un enfant adultérin, Paris, 13 juill. 1839.— *Contrà*, Cass., 25 nov. 1842, S. V., 43, 1, 5, et Orléans, 10 août 1843, S. V., 43, 2, 399, qui autorisent l'enfant à réclamer l'état d'enfant naturel reconnu, en se fondant sur ce motif, qui ne nous paraît pas admissible, que la présomption de l'art. 315 ne serait établie que dans l'intérêt de l'enfant, tandis qu'elle est établie dans l'intérêt du repos des familles et de l'ordre public. V. cependant Demolombe, 5, n. 96. — Ajoutons que la présomption légale de légitimité établie par l'art. 315 peut être invoquée par l'enfant pour établir sa capacité de succéder à une personne morte avant sa naissance, mais depuis l'époque présumée de sa conception. On ne peut, en effet, séparer la capacité de succéder de la légitimité qui dépendent ici du même fait, Cass., 8 fév. 1821; Orléans, 16 mars 1832, S. V. 34, 1, 668; Toullier, 4, n. 95; Duranton, 6, n. 72; Demolombe, 5, n. 100; Marcadé, sur l'art. 725. Mais si la question de capacité de succéder, eu égard au temps de la conception, n'était pas liée à la question de légitimité, les règles relatives à la durée légale des gestations tardives ou prématurées cesseraient d'être applicables. V. sur ce point Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*]

[22] C'est donc à tort qu'il a été jugé par la Cour d'Agen, le 28 mai 1821, que l'action des héritiers devait être formée dans le délai de l'art. 317. V. Duranton, 3, n. 91; [Toullier, 4, n. 234; Demolombe, 5, n. 88; Marcadé, sur l'art. 315. — En effet, l'art. 315 en disposant que la légitimité de l'enfant né trois cents jours après la dissolution du mariage pourra être contestée, ouvre aux ayants droit une faculté distincte du désaveu qui s'applique précisément aux enfants dont la légitimité n'est pas susceptible d'une contestation proprement dite, et qui ont pour eux la présomption de la règle *pater is est*. — De ce que l'art. 315 porte que la *légitimité* de l'enfant pourra être contestée, il faut conclure que jusqu'à contestation il doit être considéré comme légitime, lorsque son acte de naissance lui attribue une filiation légitime et qu'il n'est pas illégitime de plein droit, Demolombe, 5, n. 85. Autrement, l'art. 315 n'aurait pas eu besoin de permettre de contester sa légitimité. V. cependant Toullier, 2, n.

intéressé[23] a le droit, lorsque l'enfant s'arroge la qualité d'enfant légitime du défunt mari de sa mère, d'intenter contre cet enfant une action en contestation d'état. V. le paragraphe suivant. Et l'enfant, lorsque des circonstances extraordinaires militent en faveur de sa légitimité, peut, de son côté, faire valoir ses droits à l'état d'enfant légitime, au moyen d'une action ou d'une exception[24], art. 315[25].

829, et Proudhon, 2, p. 39. V. aussi la note 24.]

[23] [Par conséquent ceux avec lesquels l'enfant se trouverait en concours pour succéder à une personne décédée depuis sa conception.] L'art. 315 s'applique, en effet, à la présomption de conception sur laquelle peut être basé un droit de succession. [V. *sup.*, note 21.]

[24] L'art. 315 résout la fameuse question *de partu undecimestri*, qui a été longuement discutée au Conseil d'Etat. Un rapport de Fourcroy, sur cette question, eut pour résultat la rédaction très-vague de l'art. 315. Ce rapport établissait que d'après le témoignage des meilleurs physiologistes le dixième mois était le terme normal de la grossesse, mais qu'il y avait néanmoins quelques exemples, non suspects, de grossesses ayant duré plus longtemps, c'est-à-dire s'étant prolongées jusque dans le onzième mois. Aussi les opinions des commentateurs sont divisées sur le sens de l'art. 315. Quelques auteurs admettent qu'il ne manque au *partus undecimestris* que la présomption de la filiation légitime. V. Locré, sur l'art. 315. D'autres, et c'est la grande majorité, soutiennent au contraire que le *partus undecimestris*, en vertu de la loi, et sans qu'on puisse admettre la preuve contraire, est illégitime. V. Proudhon, 2, p. 28; Delvincourt, sur l'art. 315; Toullier, 2, n. 828; Duranton, 3, n. 58. J'ai cru devoir donner la préférence à la première opinion, parce qu'elle a pour elle et l'ancien droit, V. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 2, § 3, et la discussion au Conseil d'Etat et la rédaction de l'article. La seule objection un peu grave que l'on puisse élever contre cette opinion dérive de l'art. 312, qui, on ne peut le nier, prononce clairement en faveur de la seconde opinion; mais cette objection même se transforme en un nouvel argument en faveur de la première opinion, si l'on consulte l'origine des art. 312 et 315. En effet, le Tribunat était parti de l'opinion que le *partus undecimestris* devait être absolument considéré comme illégitime. Il fit une proposition d'amendement dans ce sens, tant à l'art. 312 qu'à l'art. 315. La proposition relative à l'art. 312 fut adoptée par le Conseil d'Etat, mais celle qui concernait l'art. 315 ne le fut pas. Il y a deux arrêts sur la question : l'un de la Cour de Grenoble, du 12 avril 1809; l'autre de la Cour d'Aix, du 8 janvier 1812, tous les deux contraires aux prétentions de l'enfant né le onzième mois; mais dans le premier l'opinion que nous venons de défendre a pour elle les motifs mêmes de la décision, et dans le second les circonstances étaient évidemment défavorables à l'enfant qui était né 315 jours après le décès du mari, et dont la mère avait mené une vie désordonnée. [La question de savoir si l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage doit être nécessairement réputé illégitime quand sa légitimité est contestée, de telle sorte qu'il ne puisse plus par aucune preuve être admis à établir sa légitimité, est fort controversée. Suivant les uns, l'illégitimité de l'enfant devrait être toujours déclarée, quand il y a contestation, Grenoble, 12 avril 1809; Aix, 8 janv. 1812; Toullier, 2, n 828; Proudhon, 2, p. 28; Delvincourt, 1, p. 357; Duranton, 3, n. 56 et s.; Chardon, *Dol et fraude*, 2, p. 189; Vazeille, *Success.*, p. 66 et 67; Malpel, des *Success.*, p. 26; Fievet, *Rev. étr.*, 8, p. 52; Devilleneuve, sur l'arrêt précité du 12 avril 1809; Marcadé, sur l'art. 315; Demolombe, 5, n. 80. Suivant les autres, les tribunaux restent juges du point de savoir s'il doit être ou non déclaré illégitime, et appréciateurs des preuves qui peuvent militer en faveur de sa légitimité, Limoges, 18 juin 1840, S. V., 40, 2, 510; Maleville, 1, p. 314; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 2, § 3, n. 5; Locré, sur l'art. 315; Favard, *Rép.*, v° *Paternité*, n. 6; Allemand, *Du mariage*, n. 704 et s. — Nous croyons, quant à nous, que la contestation de légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage est péremptoire; et qu'en fixant un délai, l'art. 315 a eu précisément pour but d'interdire des discussions scandaleuses et des luttes de systèmes qui doivent tomber devant la limite déterminée par la loi.]

[25] [Il est à remarquer que ceux qui

Tempus medium. — De ce qui précède il résulte que l'enfant né d'une femme mariée, dans les limites ci-dessus déterminées, a pour lui la présomption de légitimité, et est présumé le fils du mari de cette femme; en supposant d'ailleurs qu'il puisse être au besoin prouvé par l'enfant que cette femme est sa mère [26].

Néanmoins alors le mari peut, dans les cas suivants, mais dans ces cas seulement [27], désavouer l'enfant, c'est-à-dire lui contester la qualité d'enfant légitime :

1° S'il peut prouver que, soit pour cause d'éloignement [28], soit par suite d'un accident [29], il lui a été physique-

ont le droit de contester la légitimité de l'enfant né plus de trois cents jours après la dissolution du mariage, pouvant par leur silence confirmer la légitimité de cet enfant, peuvent par la même raison renoncer expressément ou tacitement à la contester, Toullier, 2, n. 837; Demolombe, 5, n. 87. Toutefois on ne pourrait faire résulter leur renonciation de faits antérieurs à l'ouverture de leur droit, Orléans, 10 août 1843, S. V., 43, 2, 399.]

[26] V. le paragraphe suivant.

[27] Toullier, 2, n. 807. Ainsi, par exemple, le mari ne peut désavouer l'enfant en alléguant son impuissance naturelle, art. 313. [Lors même que la naissance de l'enfant lui aurait été cachée, Locré, 6, p. 156 et 170; Demolombe, 5, n. 34. — Mais l'impuissance accidentelle peut être une cause de désaveu, Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité;* Richefort, *Etat des familles*, 1, n. 16; Demolombe, 5, n. 33. V. *inf.*, note 29.] Il ne peut non plus invoquer simplement l'adultère de la femme, lors même que la femme avouerait elle-même être enceinte des œuvres d'un autre, Locré, sur l'art. 313; Proudhon, 2, n. 21; Nîmes, 13 juill. 1827; [Rennes, 8 juin 1843 S. V., 44, 2, 249.] Mais qu'arrivera-t-il si la femme d'un homme blanc met au monde un mulâtre? Dans ce cas le mari aura assurément le droit de désavouer l'enfant, Bedel, *Traité de l'adult.*, n. 77. [Quelque induction qu'on puisse en fait tirer de la couleur de l'enfant, nous ne croyons pas qu'il soit possible d'en conclure un droit à la possibilité d'une action en désaveu en dehors des cas limitativement déterminés par les art. 312 et 313.]

[28] [C'est donc l'impossibilité physique de rapprochement entre les époux qui seule peut servir de base à l'action en désaveu, et non une simple impossibilité morale, Marcadé, sur l'art. 312; Demolombe, 5, n. 29 et s; Bordeaux, 4 therm. an XI; Cass., 4 sept. 1811; Rennes, 8 juin 1843, S. V., 44, 2, 249. Mais l'impossibilité morale peut servir à corroborer l'impossibilité physique. V. sur l'impossibilité morale, Duranton, 2, n. 632, et 3, n. 54; Rouen, 26 juill. 1838, et Bordeaux, 12 fév. 1838, S. V., 38, 2, 401.] En ce qui touche l'éloignement, c'est aux tribunaux à apprécier s'il est de telle nature que la paternité doive être pour cette raison considérée comme impossible : *in dubio prævaleat favor partûs.* [Mais sur ce point il n'y a pas de règle. Sans doute on peut dire en principe avec Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 2, § 2, n. 2, qu'il faut que l'éloignement présente à la fois les caractères de longueur, de certitude et de continuité; mais la mesure de longueur, le degré de certitude, la preuve de la continuité, sont nécessairement remis à l'appréciation du juge. V. Toullier, 2, n. 808; Duranton, 3, n. 40; Richefort, 1, n. 15; Marcadé, sur l'art. 312.] — Dans aucun cas la circonstance qu'il y a eu séparation de corps entre les époux ne suffit pour prouver l'éloignement et l'incapacité physique, Locré et Maleville, sur l'art. 312. [V. sur cette question dont la solution pouvait admettre certaines nuances, *inf.*, § 156, la loi du 6 déc. 1850, introductive d'un droit nouveau.] — ... Ni celle que les époux n'ont point cohabité et que l'enfant est né pendant le cours du procès en divorce. V. cependant Paris, 21 juill. 1826.... Ni cette autre circonstance que le mari était en prison, Toullier, 2, n. 809. — [*Contrà*, Chardon, 2, n. 153; Demolombe, 5, n. 30; Toulouse, 28 juill. 1808. C'est là une question d'appréciation. L'éloignement suppose sans doute une distance qui sépare; mais pour mesurer cette distance il faut tenir compte des obstacles qui empêchent de la franchir.]

[29] « Par l'effet de quelque accident », c'est-à-dire par une blessure ou une mu-

ment[30] impossible de cohabiter avec sa femme dans l'intervalle du 300e au 180e jour avant la naissance de l'enfant[31], art. 312;

2° Si la naissance de l'enfant lui a été cachée[32], et s'il peut prouver (ce qui dans ce cas lui est permis), qu'il n'est pas le père

tilation [qui frappe le mari d'impuissance pour accomplir l'acte de la génération, Marcadé, sur l'art. 312.] — Faut-il ranger dans cette catégorie une maladie interne, et l'assimiler à un accident? V. pour l'affirmative le rapport du tribun Duveyrier; Proudhon, 2, n. 23; [Toullier, 2, n. 810; Demolombe, 5, n. 32; pour la négative, V. Duranton, 3, n. 42. La première opinion nous semble préférable : un accident, en médecine, est tout ce qui n'appartient pas essentiellement au sujet; il n'y a donc pas lieu de distinguer entre les accidents qui ont une cause extérieure et les accidents qui ont une cause intérieure, bien que le juge doive se montrer plus difficile pour admettre ceux-ci que ceux-là.] *Quid*, d'un défaut de conformation congénial des organes sexuels? V. *sup.*, § 110. [Ce n'est pas là une cause de désaveu, d'abord parce que ce n'est pas un accident, ensuite parce que l'art. 313, en disant que l'impuissance naturelle n'est pas une cause de désaveu, ne distingue pas entre l'impuissance qui résulte de la faiblesse des organes, de celle qui résulterait du vice de conformation ou de l'absence même des organes, Demolombe, 5, n. 33 et s. — *Contrà*, Richefort, 1, n. 16. — Dans aucun cas le mari ne peut arguer simplement de son impuissance provenant d'une faiblesse d'organe, [lors même qu'elle serait survenue postérieurement au mariage, V. *sup.*, 110, note 9], art. 313, observ. du Tribunat sur cet article.

[30] [Sur l'impossibilité physique et morale, V. *sup.*, note 28.]

[31] Il faut donc que l'empêchement ait duré au moins du 10e jusqu'au 7e mois avant la naissance, ces deux mois étant complets. En d'autres termes, le 300e et le 180e jour à partir de la naissance doivent, dans les deux cas, se compter de telle manière que le jour de la naissance n'y soit pas compris. Il n'y faut pas comprendre non plus le jour auquel a commencé l'empêchement. V. note 20 et s. Les opinions sont au surplus partagées au sujet de la computation du temps dans le cas de l'art. 312. V. Delvincourt, 1, p. 101; Duranton, 3, n. 44; Bedel, *Traité de l'adul.*, n. 73. Ce dernier auteur voudrait même que l'on comptât le temps *à momento ad momentum*. [Il est certain que le délai doit se compter *de die ad diem*, et non *à momento ad momentum*, Duranton, 2, n. 44; Valette sur Proudhon, 2, p. 26; Marcadé, sur l'art. 312; Demolombe, 5, n. 18. V. *sup.*, note 4. Quant à la manière de compter le temps pendant lequel a dû durer l'impossibilité de cohabitation, il nous semble que le texte même de l'art. 312 démontre que le jour où l'impossibilité a commencé doit être le premier des 300 jours, et que le jour de la naissance n'est pas compris dans les 180. V. en sens divers Toullier, 2, n. 791 et s.; Marcadé, sur l'art. 312; Demolombe, 5, n. 19. V. *sup.*, notes 5 et 20.]

[32] Le mari est tenu d'administrer la preuve du recel de la naissance, [Duranton, 3, n. 50; Valette sur Proudhon, 2, p. 32; Marcadé, sur l'art. 313; Demolombe, 5, n. 41.] — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 313. — Il y a preuve du recel si l'enfant n'a pas été inscrit sur le registre de l'état civil sous le nom du mari : [par exemple, si l'enfant a été présenté à l'état civil comme fils de père inconnu, Paris, 28 juin 1819 et 4 déc. 1820; ou s'il a été inscrit sur les registres de l'état civil sous des noms supposés, Paris, 5 juill. 1843, S. V., 44, 2, 185. — Cette preuve peut être faite autrement que par témoins. Cass., 4 avril 1837, S. V., 37, 1, 439.] Il est indifférent que le mari ait ou non connaissance de l'accouchement; il suffit que cet accouchement lui ait été caché. — Qu'arrivera-t-il si la femme a caché au mari son accouchement, mais non sa grossesse? [L'art. 313 parle du recel de la naissance, et non du recel de la grossesse. — La question ne peut donc pas se présenter dans les termes où elle est ici posée. Mais on s'est demandé si le recel de la grossesse peut, selon les circonstances, équivaloir au recel de la naissance, et autoriser le mari à former une actionen désaveu de paternité; et c'est avec raison que la Cour de cassation a jugé l'affirmative, le 7 janv. 1850, S. V., 50, 1, 113 : le recel de la grossesse peut accuser la femme, tout aussi bien que le recel de la naissance, puisque l'un comme l'autre implique l'intention de dissimuler un fait identique, et par conséquent l'aveu de la culpabilité de ce fait.]

de l'enfant, et que cette paternité appartient à un autre[33]. Ainsi, dans ce cas, il est permis de prouver l'inconduite de la femme, l'âge avancé ou l'état maladif du mari, son éloignement du lieu habité par la femme[34], art. 312 et 313.

[33] Le recel de la naissance autorise seulement le mari à invoquer l'adultère de la femme, mais non, comme on pourrait conclure de la rédaction de l'art. 313, à invoquer son impuissance, Obs. du Trib. sur l'art. 313. [V. *sup.*, note 27.] — L'adultère de la femme n'est pas une question préjudicielle; mais le recel de la naissance engendre une présomption d'adultère qui, si elle est corroborée par d'autres circonstances (celles-ci ne fussent-elles point positives, mais seulement négatives, c'est-à-dire dussent-elles prouver seulement que le mari ne peut être considéré comme le père de l'enfant), suffit pour le désaveu, Cass., 8 juill. 1812; Metz, 29 déc. 1825; [Paris, 17 et 29 juill. 1826; Cass., 9 mai 1838, S. V., 38, 1, 864; Paris, 5 juill. 1843, S. V., 44, 2, 185.] Cependant Locré, sur l'art. 315, et Merlin, *Rép.*, v° *Légitim.*, sect. 2, § 2, considèrent l'adultère comme une question préjudicielle. Selon Duranton, 3, n. 54, la preuve de l'adultère doit être toujours faite en même temps que la preuve du recel. — Dans tous les cas, il n'est pas nécessaire pour que l'action soit recevable que l'adultère ait déjà été prouvé par un jugement, Rouen, 5 mars 1828; Cass. 25 janv. 1831, S. V., 31, 1, 81. [Toutes ces questions sont fort controversées. Il est certain, et cela résulte de l'art. 313, que le désaveu n'est admissible, en d'autres termes, que le mari ne peut être reçu à prouver qu'il n'est pas le père, qu'autant qu'il se fonde sur le recel et sur l'adultère. Mais ici se présentent deux questions : la première est de savoir si, préalablement à toute action en désaveu, l'adultère doit être préjudiciellement prouvé. Sur ce point nous croyons, avec les arrêts ci-dessus cités et avec la majorité des auteurs, qu'il n'est pas nécessaire, pour que l'action en désaveu soit recevable, qu'il y ait d'abord et avant tout, chose jugée sur l'adultère. V. Duranton, 3, n. 51; Rolland de Villargues, v° *Légitimité*, n. 29; Favard, v° *Paternité*, n. 4; Valette sur Proudhon, 2, p. 31; Marcadé, sur l'art. 313; Demolombe, 5, n. 42 et s.; Devilleneuve, 4, 1, 146.— *Contrà*, Proudhon, 2, p. 23; Toullier, 2, n. 812 et s. — La seconde question est de savoir si la preuve de l'adultère, qui ne doit pas être préalable, doit être spéciale et distincte de celle de la non-paternité. En d'autres termes, s'il y a deux preuves à faire, celle de l'adultère qui n'implique pas celle de la non-paternité, et celle de la non-paternité; ou une seule preuve, celle de la non-paternité qui implique celle de l'adultère. Selon les auteurs, V. Duranton, 3, n. 52; Valette sur Proudhon, 2, p. 30 et s.; Duvergier sur Toullier, 2, n. 816; Marcadé, sur l'art. 313, il y a deux preuves à faire : d'abord celle de l'adultère qui sert de fondement au désaveu, ensuite celle de la non-paternité. Selon la jurisprudence, au contraire, il n'y a qu'une preuve à faire, celle de la non-paternité qui implique l'adultère, Metz, 29 déc. 1825; Cass., 25 janv. 1831, S. V., 31, 1, 81, et 9 mai 1838, S. V., 38, 1, 854. Nous croyons que la jurisprudence est dans le vrai quand, un désaveu étant fondé sur le recel et l'adultère, elle ne soumet pas les tribunaux à suivre dans l'ordre et la distinction des preuves une marche symétrique, et à s'astreindre à une succession de procédures et de formalités inutiles ou impossibles, puisqu'un même fait peut renfermer en lui-même tous les éléments du désaveu. Le désaveu, dans l'hypothèse de l'art. 313, exige, pour être fondé, le recel, l'adultère, la non-paternité. Or, quand ces trois faits sont constants et prouvés, cela suffit, sans qu'il y ait compte à demander aux juges de l'ordre dans lequel les preuves ont été faites, et sans qu'on puisse leur reprocher d'avoir admis des preuves cumulatives et non distinctes. V. Demolombe, 5, n. 46.] — Au surplus, il ne suffirait point que le divorce ait été prononcé à raison de l'adultère commis par la femme, Grenoble, 21 déc. 1830, S. V., 32, 2, 607; [Montpellier, 20 mars 1838, S. V., 39, 2, 79.] Il faut, il est vrai, ordinairement que le demandeur administre encore la preuve particulière des faits qui établissent qu'il n'est point le père de l'enfant, preuve qui, du reste, peut être faite par témoins, Proudhon, 2, p. 24; Toullier, 2, p. 814; Duranton, 3, n. 49. Cependant quand le recel et l'adultère sont établis, les tribunaux peuvent, sans être obligés d'ordonner une autre preuve, déclarer un enfant illégitime, Cass., 4 avril 1837, S. V., 37, 1, 439.

[34] Bedel, *De l'adultère*, n. 77.

Dans le cas de l'art. 312, on peut, selon les circonstances, combattre l'action en désaveu par la preuve contraire [35]; mais, ni dans l'un ni dans l'autre cas on ne peut opposer à cette action que l'enfant est mort-né ou qu'il n'est pas né viable [36].

Le droit de désavouer l'enfant, dans les cas ci-dessus, n'appartient pas seulement au mari, mais encore aux héritiers et ayants droit du mari [37], à moins que ceux-ci n'aient déjà reconnu la légitimité de l'enfant [38]; mais ce droit n'est accordé à l'un comme aux autres que pendant un certain délai [39], et les héritiers et ayants droit ne l'ont même que conditionnellement.

Si le mari est présent au moment et au lieu de l'accouchement [40], il a, pour exercer l'action en désaveu, le délai d'un mois, à partir du jour de l'accouchement [41]; s'il est absent [42], il a deux mois, à

[35] Proudhon, 2, 26, [et à plus forte raison dans le cas de l'art. 313, Demolombe, 5, n. 55.]

[36] Delvincourt, sur l'art. 314; Proudhon, 2, 25 et s. [— *Contrà*, Duranton, 3, n. 34; Duvergier sur Toullier, 2, n. 822; Marcadé, sur l'art. 314; Demolombe, 5, n. 39. Cette dernière opinion doit être suivie : quand l'enfant n'est pas né viable ou est mort-né, l'action en désaveu n'a plus d'objet.]

[37] V. sur le point de savoir si l'action en désaveu appartient aux ayants droit autres que les héritiers, Locré et Delvincourt, sur l'art. 317; Proudhon, 2, p. 41; [Demolombe, 5, n. 114 et s.; Marcadé, sur l'art. 316;] Toullier, 2, n. 835; Duranton, 3, n. 80; Bedel, *De l'adultère*, n. 79 et s., dont les opinions sont très-divergentes. V. aussi *sup.*, § 160, note 9. [On doit décider dans ce cas, comme dans le cas prévu *sup.*, *loc. cit.*, que l'action en désaveu appartient à tous les successeurs universels ou à titre universel. Elle n'appartient donc pas aux créanciers du mari. Elle n'appartient pas non plus au donataire entre-vifs qui voudrait empêcher par là la révocation de la donation.] Mais ni la mère, ni ses héritiers, ni des tiers, ne peuvent désavouer l'enfant, Duranton, 3, n. 76 et s. Quant aux héritiers et ayants droit du mari, ce n'est qu'après sa mort qu'ils peuvent faire usage du droit de désaveu. — Ce droit appartient aux héritiers dans les mêmes cas où il appartient au mari, [par conséquent, au cas de recel et d'adultère. Ce point avait d'abord été contesté, sous prétexte que l'action pour adultère n'appartient qu'au mari; mais ici il ne s'agit pas d'une action pour adultère contre la femme, mais d'un désaveu contre l'enfant, Toullier, 2, n. 841; Duranton, 3, n. 73; Valette sur Proudhon, 2, p. 56; Marcadé, sur l'art. 317; Demolombe, 5, n. 121. — *Contrà*, Locré, sur l'art. 317; Proudhon, 2, p. 40. — Il en est ainsi lors même que, l'enfant étant né après le décès du mari, le recel de la grossesse et de la naissance aurait eu lieu, non à l'égard du mari, mais à l'égard des héritiers, Cass., 8 déc. 1851, S. V., 52, 1, 161.] — En ce qui touche le désaveu pour impossibilité physique de cohabitation résultant d'un accident, V. Merlin, *Rép.*, v° *Légitim.*. [qui refuse le désaveu aux héritiers; mais l'art. 317 ne distingue pas, Demolombe, 5, n. 122.] — L'action en désaveu appartient à chaque héritier individuellement. *Est jus individuum.*

[38] Cass., 27 déc. 1831, S. V., 32, 1, 617; 24 juill. 1835, S. V., 36, 1, 238. [V. aussi Bordeaux, 10 avril 1843, S. V., 43, 2, 481.]

[39] On suppose toutefois que l'enfant a pour lui soit un acte de naissance, [V. Rouen, 5 mars 1828; Cass., 25 janv. 1831, S. V., 31, 1, 81, et Paris, 5 juill. 1843, S. V., 44, 2, 185], soit la possession d'état; l'action en désaveu est de sa nature perpétuelle, *actio perpetua*, Favard, v° *Paternité*, § 9.

[40] C'est-à-dire si, d'après l'appréciation du juge, il se trouvait à une telle proximité qu'il a pu avoir connaissance de la naissance de l'enfant aussitôt qu'elle a eu lieu, Locré, sur l'art. 316; Toullier, 2, n. 839; Paris, 9 avril 1813.

[41] Si la femme est accouchée le 1er janvier 1847, l'action en désaveu devra être intentée au plus tard le 1er février suivant, Duranton, 3, n. 84.

[42] [C'est-à-dire s'il n'est pas présent,

compter du jour de son retour[43] ; et si la naissance de l'enfant lui a été cachée[44], il a également deux mois à partir du jour de la découverte de la fraude[45], art. 316.

Si le mari est décédé sans avoir désavoué l'enfant, ce droit n'appartient aux héritiers[46] ou ayants droit du mari, que si le délai imparti au mari pour exercer son action n'était pas encore expiré au moment de son décès. Les héritiers et ayants droit ont alors, pour désavouer l'enfant, un délai de deux mois, à compter de l'époque où l'enfant s'est mis en possession de la succession du mari[47], ou a troublé les héritiers dans la possession de cette succession, par un acte judiciaire[48], ou par un acte extrajudiciaire[49], art. 317[50].

Le désaveu peut d'ailleurs être formé avant l'expiration du délai légal, à tout instant[51], et même avant la naissance de l'enfant[52].

s'il ne se trouve pas au lieu de la naissance. Il n'est pas nécessaire qu'il soit absent présumé ou déclaré.]

[43] C'est-à-dire à compter du jour où il s'est trouvé sur le lieu de la naissance, Paris, 9 avril 1813. Le délai ne court qu'à partir de ce jour même dans le cas où il a déjà été précédemment informé de l'accouchement, Bedel, *De l'adultère*, n. 80. — Il convient aussi d'apprécier, d'après cette règle, le cas où le mari n'est pas sain d'esprit, Maleville, sur l'art. 316 ; Bedel, n. 80. [Il est plus juridique de décider que si le mari est interdit, l'action en désaveu appartient à son tuteur, qui a les mêmes délais que le mari, Demolombe, 5, n. 116 et s. ; Pont, *Rev. de dr. fr.*, 1845, p. 347 ; Cass., 24 juill. 1844, S. V., 44, 1, 626.]

[44] Il ne suffirait pas, pour faire courir le délai, que le mari eût un simple soupçon de la naissance, Locré, sur l'art. 316 ; [il faut qu'il en ait une connaissance positive, Angers, 18 juin 1807 ; Bordeaux, 5 mai 1836, S. V., 38, 1, 584.]

[45] Le mari doit alors prouver à la fois que la naissance lui a été cachée et le moment où il l'a découverte, Duranton, 3, n. 85 ; [Demolombe, 5, n. 144.] Qu'arrivera-t-il si, à la naissance de deux jumeaux, celle de l'un des enfants seulement a été recelée au mari ? V. Bedel, n. 78. [On ne pourrait dire qu'il y a ici recel de la naissance, puisque le fait de l'accouchement n'a pas été caché.—Or, c'est ce fait qui met le mari en mesure d'exercer son action, et non le fait particulier d'une naissance multiple.]

[46] Il semble même que ce droit ne pourrait pas être refusé à ceux qui demandent ou ont obtenu l'envoi en possession des biens d'un absent, [Demolombe, 2, n. 268.] V. cependant Toulouse, 14 juill. 1827 et 29 déc. 1828 ; [Talandier, *Des absents*, p. 294 et s.; Allemand, *Du mariage*, n. 730.]

[47] Par les actes qui pouvaient venir à la connaissance des héritiers, Duranton, 3, n. 88 ; Bedel, n. 81. [V. Cass., 21 mai 1817.]

[48] Par exemple, par une action de l'enfant en rectification de son acte de naissance, action dans laquelle les héritiers ont été mis en cause, Cass., 31 déc. 1834, S. V., 35, 1, 545 ; Grenoble, 5 fév. 1836, S. V., 36, 2, 299.

[49] Cass., 21 mai 1817.

[50] Il n'est pas nécessaire, pour que les héritiers puissent intenter l'action en désaveu pour cause d'adultère, que le mari ait déjà porté plainte de l'adultère de sa femme. La loi ne subordonne nulle part le droit de désaveu des héritiers à cette condition. V. *sup.*, note 37.—Du reste, le délai pour intenter l'action court même contre les mineurs, Duranton, 21, n. 290 ; [Marcadé, sur l'art. 317 ; Demolombe, 5, n. 159. Il s'agit ici non d'une prescription proprement dite, mais d'une simple déchéance.]

[51] Ainsi les héritiers peuvent intenter l'action même avant d'être troublés dans la possession de l'hérédité, Cass., 21 août 1806 ; [Richefort, n. 58 ; Demolombe, 5, n. 160.]

[52] Liège, 12 fruct. an XIII. V. cependant Bedel, n. 79. [Il faut décider avec ce dernier auteur que le désaveu, de la

Le désaveu de l'enfant peut avoir lieu, tant par acte extrajudiciaire[53] que judiciairement[54] par l'exercice de l'action en désaveu[55]. Cependant le désaveu par acte extrajudiciaire est considéré comme non avenu[56], s'il n'est suivi, dans le délai d'un mois[57], de l'action en désaveu[58]. Si l'enfant est encore en tutelle, l'action est dirigée contre un tuteur *ad hoc*[59], qui doit être nommé à l'enfant par le conseil de famille[60], et en présence de sa mère[61], art. 318.

part des héritiers comme de la part du mari, n'est pas recevable avant la naissance de l'enfant. Avant sa naissance, l'enfant n'est rien; après sa naissance, il ne peut être désavoué s'il n'est pas né viable, V. *sup.*, note 36; à plus forte raison ne le peut-il avant sa naissance, quand on ne sait pas encore s'il naîtra utilement, Demolombe, 5, n. 161.]

[53] Mais non par une simple déclaration verbale. Un acte sous seing privé est suffisant, pourvu qu'il ait date certaine. La loi n'exige même pas que l'acte ait été signifié. V. Duranton, 3, n. 341. [C'est d'ailleurs aux tribunaux qu'il appartient de décider souverainement si un acte qu'on leur présente comme renfermant un désaveu en réunit en effet les caractères, Cass., 9 mai 1838, S. V., 38, 1, 854.]

[54] Mais il faut une *action en désaveu;* il ne suffirait pas d'une *demande en rectification de l'acte de naissance*, Colmar, 15 juin 1831, S. V., 31, 2, 336.

[55] Le désaveu peut aussi avoir lieu, comme dans l'ancien droit, *per modum exceptionis*, Cass., 31 déc. 1834, S. V., 35, 1, 545; Grenoble, 5 fév. 1836, S. V., 36, 2, 299.

[56] Mais si le délai du désaveu n'était pas encore expiré pour le mari ou ses héritiers, l'action pourrait encore être reproduite avant son expiration, Maleville, sur l'art. 318; Toullier, 2, n. 842. — Si le mari, ayant désavoué l'enfant par un acte extrajudiciaire dans le délai légal, vient à mourir avant l'expiration du délai fixé par l'art. 316 sans avoir introduit l'action, la disposition de l'art. 317 sera cependant applicable aux héritiers.

[57] [Il suit de là que l'acte extrajudiciaire contenant désaveu peut prolonger d'un mois le délai pour l'exercice judiciaire de l'action.]

[58] La citation en conciliation dans le délai d'un mois n'équivaut pas à l'action en justice exigée par l'art. 318, les actions en désaveu étant dispensées du préliminaire de conciliation, Delvincourt, sur l'art. 318; Duranton, 3, n. 93; [Demolombe, 5, n. 157. Telle est aussi notre opinion, même dans le cas où la citation en conciliation aurait été elle-même suivie dans le mois d'une action en justice; l'art. 318 exige une action en justice, et non le préliminairs inutile d'une action en justice. — *Contrà*, Cass., 9 nov. 1809; Richefort, n. 68. V. aussi Troplong, *Prescript.*, n. 592.]

[59] Il faut encore nommer un tuteur *ad hoc* à l'enfant, même dans le cas où il est pourvu d'un tuteur général; mais cette tutelle *ad hoc* n'entraîne pas la nécessité d'un subrogé tuteur, Colmar, 14 juin 1832, S. V., 33, 2, 39. Si l'enfant est majeur, c'est contre lui que l'action doit être dirigée, Bedel, n. 84.

[60] Le conseil de famille doit être composé d'après les dispositions des art. 406 et s.; Proudhon, 2, p. 415; Toullier, 2, n. 843; [Montpellier, 12 mars 1833, S. V., 34, 2, 42.] Jugé cependant qu'il suffirait que le conseil de famille fût composé de parents du côté maternel. [Telle est aussi l'opinion de Duranton, 3, n. 96, et de Richefort, n. 71.] Delvincourt, sur l'art. 319, attribue, mais à tort, au tribunal, le droit de nommer le tuteur *ad hoc*. [Bien que cette dernière opinion soit partagée par Demolombe, 5, n. 166, il nous semble que dans le silence de la loi il y a lieu de recourir au droit commun.]

[61] [Mais il n'y aurait pas déchéance si la mère n'était pas mise en cause en même temps que le tuteur *ad hoc* est assigné; il suffit de la mettre en cause avant les actes d'instruction, Caen, 31 janv. 1836, S. V., 38, 2, 482. La mère doit être mise en cause alors même que l'enfant étant majeur, l'action ne serait pas dirigée contre un tuteur *ad hoc;* elle est en quelque sorte partie nécessaire, et défenseur naturel de l'enfant dont on ne peut attaquer la filiation sans attaquer l'honneur de la mère. — Si le jugement qui rejette ou admet le désaveu n'est pas rendu avec tous les contradicteurs légitimes, il n'a l'autorité de la chose jugée qu'avec ceux qui y étaient partie; il est donc utile de mettre toutes les parties en cause. V. Duranton, 3, n. 100 et s.]

L'action intentée par le mari peut être suivie par ses héritiers ou ayants droit[62]. La procédure est celle du droit commun. V. cependant Pr., art. 48 et 83, n. 2. Si l'enfant a pour lui la présomption de légitimité, il doit être pourvu à son entretien, dans le cours de l'instance, par le mari ou par ses héritiers.

§ 162. *Suite. — De la preuve de la filiation légitime. — Des actions en réclamation et en contestation d'état.*

La preuve de la filiation légitime s'établit, lorsque d'ailleurs il est prouvé que le père et la mère sont mariés, V. § 160, par l'acte de naissance[1] dûment inscrit sur les registres de l'état civil[2], art. 319, lors même que cet acte, indiquant le nom de la mère, n'indiquerait pas en même temps le nom du père, ou lors même que dans cet acte l'enfant serait désigné comme né d'un père inconnu ou d'un autre que le mari de la femme[3]; pourvu toutefois que l'identité de l'enfant soit reconnue ou puisse être prouvée[4].

[62] Ils peuvent alors reprendre l'instance selon les règles ordinaires de la procédure, Duranton, 3, n. 90.

[1] [L'acte de naissance ne prouve par lui-même que la filiation; il ne prouve la légitimité qu'autant qu'il y a en même temps preuve du mariage de ceux que l'acte de naissance indique comme étant les père et mère, Cass., 5 fév. 1808; 20 juill. 1809; Paris, 9 mars 1811; Toullier, 2. n. 846 et 877; Marcadé, 2, p. 20. La légitimité est donc subordonnée à deux preuves : d'abord à celle du mariage; ensuite à celle de la filiation qui se prouve elle-même, comme cela va être expliqué, par l'acte de naissance, par la possession d'état, enfin par la preuve testimoniale.]

[2] [Sur l'autorité des actes de l'état civil et la condition de leur force probante, V. *sup.*, § 80.]

[3] La question de savoir si l'enfant qui, par son acte de naissance, a pour mère une femme mariée, peut, dans tous les cas, invoquer la règle *Pater is est*, etc., est controversée. L'affirmative nous paraît résulter de l'art. 312, § 1, Duranton, 3, n. 113. Plusieurs auteurs ne reconnaissent cet effet à l'acte de naissance que dans le cas où l'acte mentionne les deux époux comme le père et la mère de l'enfant. D'autres lui dénient cet effet lorsqu'une personne autre que le mari est indiquée comme père. V. Delvincourt, sur l'art. 319; Toullier, 2, n. 893. Quant à la jurisprudence, qui flotte incertaine entre ces différentes opinions, V. Dalloz, v° *Filiation*, ch. 2. sect. 1, n. 3; Paris, 15 juill. 1808, 5 mars 1814, 28 juin 1810, 6 janv. 1834, S. V., 34, 2, 131. [Notre opinion est qu'il n'y a aucune distinction à faire entre ces diverses hypothèses, et qu'il suffit que l'acte de naissance d'un enfant lui attribue pour mère une femme mariée pour qu'il soit réputé le fils du mari, en vertu de la présomption légale de l'art. 312, soit qu'il y ait omission pure et simple du nom du père, soit qu'il y ait indication d'un père inconnu, ou d'un autre que le mari. S'il en était autrement, la présomption de l'art. 312 disparaîtrait devant l'énonciation contraire d'un acte de naissance, et il ne serait plus vrai de dire que l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari; il faudrait dire que l'enfant a pour père celui que lui attribue son acte de naissance, Marcadé, sur l'art. 319; Demolombe, 5, n. 195 et s.; Bonnier, n. 432. V. *sup.*, § 161, note 2. Du reste, nous supposons ici que la preuve de la maternité résulte de l'acte de naissance, ou que d'ailleurs elle n'est pas contestée, Cass., 19 mai 1840, S. V., 40, 1, 524. Il en serait autrement si elle ne résultait que de la déclaration d'une femme mariée qui avouerait être la mère d'un enfant inscrit comme né de père et mère inconnus : cet aveu de la mère ne serait pas opposable au mari, et ne pourrait, par conséquent, faire preuve d'une filiation légitime, Cass., 9 nov. 1809; Paris, 11 juin 1814; Merlin, *Quest.*, v° *Légitim.*, § 2; Duranton, 3, n. 125 et 137.]

[4] Proudhon, 2, p. 58; Toullier, 2, n. 880 et 883; Duranton, 3, n. 123; Paris,

L'acte de naissance prouve la filiation légitime, même dans le cas où l'enfant n'a pas la possession d'état pour lui, ou l'a même contre lui[5], art. 320; ainsi que dans le cas où la teneur de l'acte a été ultérieurement révoquée par une déclaration de la mère ou par un désaveu irrégulier du père[6]. Réciproquement, l'enfant ne peut invoquer contre l'acte de naissance une possession d'état qui le contredit[7]. V. l'art. 323.

Si l'enfant ne peut produire un acte de naissance[8], il suffit, pour établir la preuve de sa légitimité, dans l'hypothèse, bien entendu, où un mariage a existé[9], que l'enfant ait eu notoirement la possession constante de l'état d'enfant légitime[10], art. 321. La possession de l'état d'enfant légitime résulte d'une réunion de faits

13 flor. an XIII; Cass., 5 avril 1820; Bordeaux, 25 août 1825. La preuve incombe à l'enfant; elle peut être faite par témoins, même sans commencement de preuve par écrit. [L'art. 323, qui exige un commencement de preuve par écrit, suppose qu'il n'y a pas de titre, c'est-à-dire pas d'acte de naissance, et que la preuve ne porte pas sur l'identité, mais aussi sur le fait même de la maternité, *mêmes autorités*, et Demolombe, 5, n. 205.—Si l'enfant avait la possession d'état, il n'aurait aucune preuve à faire : la preuve incomberait à ceux qui contesteraient son identité, Marcadé, sur l'art. 319.]

[5] Proudhon, 2, p. 61; Duranton, 3, n. 113. [Il n'y a lieu de recourir à la possession d'état que lorsqu'il n'y a pas de titre, c'est-à-dire pas d'acte de naissance applicable à l'enfant.]

[6] Cass., 11 mai 1807. — Réciproquement, une déclaration ultérieure du père ou de la mère ne peut pas davantage profiter à l'enfant, Paris, 11 juin 1814. [V. *sup.*, note 3.] V. aussi l'art. 323.

[7] Proudhon, 2, p. 61; Duranton, 3, n. 129; Toullier, 2, n. 850.

[8] V. art. 46, et *sup.*, § 81. V. cependant Locré, sur l'art. 320, qui prétend à tort que l'art. 320 ne doit pas s'entendre exclusivement des cas de l'art. 46. [Locré a raison : l'art. 320 dit *à défaut de titre;* il se rapporte donc à tous les cas où l'enfant ne peut pas produire d'acte de naissance qui lui soit applicable, non-seulement dans les hypothèses prévues par l'art. 46, c'est-à-dire soit parce qu'il n'a pas existé de registres, soit parce qu'ils sont perdus, mais encore parce que l'acte de naissance n'a pas été dressé, a été détruit d'une manière quelconque, et même parce qu'on ne sait où il a été dressé, Marcadé, sur l'art. 320; Demolombe, 5, n. 206.] L'enfant devra prouver qu'il ne peut pas produire cet acte. [Cette opinion ne pourrait être suivie que si l'art. 320 se rapportait uniquement à l'art. 46 : on comprend qu'alors l'enfant puisse être tenu de prouver que les registres sont perdus ou qu'il n'a pas été tenu de registres; mais si, comme nous le croyons, l'art. 320 s'*applique* à tous les cas où il n'y a pas de titre, on ne peut imposer à l'enfant l'obligation de prouver pourquoi il n'a pas de titre : la cause du défaut de titre devient alors indifférente; et lui imposer l'obligation de prouver qu'il n'a pas de titre, serait lui imposer une preuve presque toujours impossible.]

[9] Duranton, 3, n. 128. [C'est toujours une condition sous-entendue.]

[10] [C'est-à-dire une possession d'état tant à l'égard du père qu'à l'égard de la mère. La possession d'état à l'égard de la mère n'emporterait pas preuve de filiation à l'égard du père. Que veut l'art. 320? c'est une possession d'état d'enfant légitime, en d'autres termes, la possession d'état de l'enfant de deux époux, Marcadé, sur l'art. 320; Demolombe, 5, n. 211. — *Contrà*, Toulouse, 4 juin 1842, S. V., 43, 2, 507; Bonnier, n. 138 et 141. — Observons que l'enfant qui n'a pas d'acte de naissance ne pourrait pleinement suppléer à cet acte par des déclarations du prétendu père, consignées même dans des actes authentiques; par exemple, dans des actes dressés pour le mariage du réclamant et portant reconnaissance de la filiation légitime de ce dernier. Ces déclarations doivent être corroborées par une possession d'état conforme et suffisamment caractérisée. Paris, 25 mai 1852, S. V., 52, 2, 289.]

dont l'ensemble indique les rapports de filiation et de parenté avec la famille à laquelle l'enfant prétend appartenir[11]. Les principaux faits sont : que l'individu a toujours porté le nom de la personne qu'il dit être son père[12]; que le père l'a toujours traité comme son enfant[13], et notamment l'a élevé, entretenu et établi ; que l'enfant a toujours passé dans le monde pour le fils de ce père ; que la famille du père a reconnu l'enfant en cette qualité, art. 321. La preuve de ces faits et des faits analogues peut être faite par témoins[14].

Nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son acte de naissance et une possession d'état conforme à ce titre ; et réciproquement, nul ne peut contester l'état d'une personne qui a une possession d'état conforme à son acte de naissance[15], art. 322.

Lorsqu'un enfant ne peut ni produire son acte de naissance,

[11] Mais il n'est pas nécessaire que toutes les conditions énumérées dans l'art. 321 et qui constituent *nomen*, *tractatus*, *fama*, comme on s'exprime dans le langage juridique, soient réunies pour qu'il y ait possession d'état D'un autre côté, un seul de ces faits ne saurait néanmoins, en général, suffire pour la preuve. On peut d'ailleurs invoquer, pour établir la possession d'état, d'autres faits que ceux prévus par l'art. 321, qui est simplement énonciatif des faits les plus décisifs, Proudhon, 2, p. 59; Favard, v° *Filiation*, § 1, n. 3; Cass., 25 août 1812. [En définitive, les tribunaux sont souverains appréciateurs du nombre et de la nature des faits tendant à établir la possession d'état d'enfant légitime, Cass., 8 janv. 1806; 19 mai 1830 et 6 août 1839, S. V., 39, 1, 562; Merlin, *Rép.*, v° *Faits justificatifs*; Toullier, 2, n. 869 et s.; Richefort, p. 121 et s.; Duranton, 3, n. 132; Demolombe, 5, n. 208; Marcadé, sur l'art. 320.]

[12] [Mais avoir porté le nom du père que l'on réclame, même à côté de son épouse, n'est pas toujours une possession d'état de fils de ce père, Paris, 11 juin 1814.]

[13] Il ne suffirait pas que la femme seule eût traité l'enfant comme enfant du mariage. V. l'arrêt précité, [et *sup.*, note 3.]

[14] Même sans commencement de preuve par écrit, Pau, 9 mai 1829; [Toulouse, 4 juin 1842, S. V., 43, 2, 507; Richefort, 1, n. 114; Bonnier, n. 133; Demolombe, 5, n. 212. L'art. 323 n'exige un commencement de preuve par écrit qu'à défaut de titre et de possession constante.] Il est évident, au surplus, que le juge peut toujours déclarer inadmissible la preuve de la possession d'état, si les faits allégués pour établir cette possession n'ont pas une gravité suffisante. V. *sup.*, note 10, et Pr., art. 253.

[15] [La preuve résultant de l'acte de naissance peut être contestée, soit par l'enfant, soit par les intéressés, notamment quand l'enfant a une possession d'état contraire ; la preuve résultant de la possession d'état peut également être combattue en sens divers par l'acte de naissance ; mais quand l'acte de naissance et la possession d'état sont conformes, l'état de l'enfant est fixé tant pour lui que contre lui, et aucune preuve n'est plus admissible, ni contre l'acte de naissance, ni contre la possession d'état.] Cette disposition, empruntée à l'ancienne jurisprudence, est absolue ; elle ne saurait par conséquent être éludée sous le prétexte que l'enfant a été mentionné dans l'acte sous un nom faux ou erroné, Richefort, sur l'art. 322; [Duranton, 3, n. 133 bis; Demolombe, 5, n. 223 et s.; Marcadé, sur l'art. 322.] — *Contrà*, Maleville, sur l'art. 322. [Nous pensons même qu'on ne pourrait contester l'identité de l'enfant qui a la possession d'état, avec l'enfant désigné dans l'acte de naissance : la possession d'état prouve cette identité. — *Contrà*, Demolombe, 5, n. 222.] Dans tous les cas, il faut en outre, même dans le cas où la possession d'état coïncide avec l'acte de naissance, la preuve du mariage des père et mère. V. Toullier, 2, n. 881.

ni invoquer la possession d'état d'enfant légitime, ou lorsqu'il *existe* un acte de naissance, mais que l'enfant y est inscrit comme issu de parents inconnus ; ou lorsque, dans la même hypothèse, l'enfant prétend avoir été inscrit sous de faux noms [16], sans que d'ailleurs la possession d'état dont il jouit se trouve en opposition avec cette assertion [17], la preuve de la légitimité, toujours dans l'hypothèse où un mariage a existé [18], peut être faite par témoins [19]. Néanmoins, la preuve par témoins ne doit être reçue que dans le cas où il existe déjà un commencement de preuve par écrit, ou de fortes présomptions résultant des aveux de la partie adverse, qui militent en faveur de l'assertion de l'enfant et, par conséquent, pour l'admission de la preuve par témoins [20], art. 323. Le com-

[16] La disposition de l'art. 323 doit être expliquée par les art. 319-322. Ainsi cet article 323 est inapplicable si l'acte de naissance est contraire à la prétention de l'enfant, à moins que l'enfant ne fût inscrit dans l'acte comme né de parents inconnus; ou que l'enfant ne prétendît avoir été inscrit dans l'acte sous de faux noms, arg. art. 319, 323, auquel cas l'enfant peut être admis à la preuve de ces assertions, mais sous les conditions déterminées par l'art. 323, § 2. V. Proudhon, 2, p. 68 ; Merlin, *Quest.*, v° *Question d'état*, § 3. Ces conditions ne sont point applicables au cas où l'enfant peut invoquer la possession d'état d'enfant légitime et demande à la prouver. V. note 14. Par contre, il est certain que l'enfant pourra faire contre sa possession d'état la preuve autorisée par l'art. 323, sauf à la partie adverse à opposer cette possession d'état à l'enfant en faisant la preuve contraire, Locré, sur l'art. 323. Si l'état de l'enfant est établi par l'acte de naissance et par une possession d'état conforme à cet acte, l'art. 323 sera purement et simplement inapplicable. V. la note 15. De même, il y a lieu d'appliquer purement et simplement cet article lorsqu'il n'y a ni acte de naissance, ni possession d'état. [Il s'agit, dans l'art. 323, de l'action en *réclamation d'état*, c'est-à-dire de l'état de l'enfant qui réclame un état que ne lui attribuent ni son acte de naissance, ni sa possession d'état. L'action en réclamation d'état peut être formée dans quatre hypothèses distinctes : 1° quand le réclamant n'a pas de titre; 2° quand, ayant un titre, ce titre n'indique pas sa filiation ; 3° quand, ayant un titre indiquant sa filiation, il prétend que cette indication est fausse; 4° quand, ayant un titre, il n'a pas la possession d'état qu'il réclame, pourvu que la possession d'état dont il jouit ne soit pas conforme à son titre; en d'autres termes, quand le titre et la possession d'état sont contradictoires. V. Demolombe, 5, n. 232 et s.; Marcadé, sur l'art. 323.]

[17] [C'est-à-dire pourvu que son acte de naissance ne soit pas conforme à sa possession d'état.]

[18] Richefort, sur l'art. 324.

[19] [Dans ce cas, pour attaquer un acte de naissance qui, sur la déclaration des comparants, attribue à un enfant d'autres père et mère que ceux qu'il prétend être les véritables, la voie de l'inscription de faux n'est pas nécessaire : la preuve testimoniale est directement admissible, Cass., 12 juin 1823. Les simples énonciations de l'officier public dans les actes de l'état civil, et spécialement dans les actes de naissance, faites d'après la déclaration des comparants, ne font foi que jusqu'à preuve contraire, Toullier, 2, n. 852 et 905; Merlin, *Rép.*, v° *Maternité*; Marcadé, sur l'art. 34. V. *sup.*, § 75 et 78.]

[20] [Il ne s'agit pas ici du cas où un enfant demande à prouver son identité avec celui qui est mentionné dans un acte de naissance, V. *sup.*, note 2; ni du cas où un enfant veut, à défaut d'acte de naissance, prouver sa possession d'état, V. *sup.*, note 10; cas dans lesquels la filiation ne résulte que par voie de conséquence ou d'induction de l'acte de naissance que l'enfant se prétend applicable, ou de la possession d'état qu'il invoque, et où la preuve testimoniale est admissible sans commencement de preuve par écrit : il s'agit du cas où l'enfant n'ayant ni titre, ni possession d'état, ou, ayant un titre et une possession d'état contradictoires, demande à prouver directement sa filia-

mencement de preuve par écrit peut être, dans ce cas, emprunté aux titres de famille, aux registres et papiers domestiques et aux correspondances des père et mère [21], ainsi qu'à des actes authentiques, et même à des actes sous seing privé, émanés [22] d'une personne qui est partie dans le procès ou qui y aurait intérêt, si elle vivait encore [23]; mais il ne peut jamais être tiré d'autres actes [24], art. 324. Il n'est pas nécessaire que le commencement de preuve par écrit, de même que la preuve principale, aient pour objet la possession d'état; il suffit que l'un et l'autre concourent à établir le fait de la filiation légitime.

tion légitime, c'est-à-dire demande à prouver qu'il est né de telle femme mariée dont aucun acte de naissance ne constate l'accouchement (puisqu'alors il lui suffirait de prouver son identité avec l'enfant dont la femme est accouchée), et par suite réclame un état dont il n'a pas la possession. C'est la preuve directe de cette filiation qui, aux termes de l'art. 323, ne peut être faite sans un commencement de preuve par écrit, ou sans des présomptions ou indices graves rendant vraisemblable ce double fait, à savoir, l'accouchement de telle femme mariée, et l'identité du réclamant avec l'enfant dont cette femme est accouchée.] L'art. 323 s'écarte ainsi de l'art. 46; il exige plus que ce dernier article. L'absence de registres de l'état civil ne suffirait pas pour faire admettre la preuve par témoins. [L'art. 323 et l'art. 46 prévoient en effet deux cas différents. L'art. 46 suppose un individu dont la filiation n'est pas contestée, mais qui n'a pas son acte de naissance, soit parce que les registres ont été détruits ou perdus, soit même parce qu'il y a eu omission de cet acte sur les registres, V. *sup.*, note 8, et qui ne demande à prouver qu'une chose, sa naissance, à tel jour et en tel lieu, de père et mère dont on ne conteste pas qu'il soit issu. L'art. 323 au contraire prévoit le cas où il ne s'agit pas de prouver une naissance, mais une filiation; où la preuve de la naissance n'est pas le but, mais le moyen; et alors il est évident qu'il importe peu que les registres aient été perdus ou détruits, et que ces circonstances, qui peuvent faire admettre la preuve par témoins, lorsqu'il s'agit d'établir purement et simplement le fait de la naissance, deviennent tout à fait indifférentes s'il s'agit de prouver la filiation, Toullier, 2, n. 885; Coin Delisle, *Actes de l'état civil*, p. 28, n. 13; Marcadé, sur l'art. 323.] V. cependant Duranton, 1, n. 293, et 3, n. 141. Du reste, il va sans dire que les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour apprécier les présomptions sur lesquelles on se fonde pour demander la preuve testimoniale, et par suite l'admettre ou la rejeter, selon les circonstances, Cass., 12 déc. 1827; [16 nov. 1825; 11 avril 1826, et 6 août 1839, S. V., 39, 1, 562.]

[21] [Demolombe, 5, n. 246, selon lequel les correspondances des père et mère ou autres parties sont des papiers domestiques ou des actes dans le sens générique de ce mot. M. Marcadé, qui avait d'abord adopté une opinion contraire, s'est rangé depuis à l'opinion de M. Demolombe, sur l'art. 324.]

[22] *Emanés*. — Il n'est donc pas nécessaire que la pièce ait été produite dans l'instance. — [Il ne suffirait pas que la pièce invoquée pour commencement de preuve par écrit fût émanée d'une des parties en cause, si cette partie avait un intérêt contraire à la partie à laquelle on l'oppose; spécialement une lettre de la mère prétendue ne peut être opposée au père prétendu, lorsque la mère fait cause commune avec le fils qui réclame l'état d'enfant légitime des deux époux, Cass., 25 août 1812.]

[23] [Ainsi une pièce émanée d'un frère décédé, de celui à qui on l'oppose, peut servir de commencement de preuve par écrit au réclamant qui se prétend issu des mêmes père et mère, Valette sur Proudhon, 2, p. 90; Demolombe, 5, n. 248.]

[24] L'article doit s'entendre d'une manière limitative. [En ce sens que l'art. 323 doit être interprété par l'art. 1347, et qu'on ne pourrait chercher un commencement de preuve par écrit qui n'émanerait pas des père et mère ou d'une personne intéressée dans la contestation, Demolombe, 5. n. 245.]

Dans les cas de l'article 323 [25], la preuve contraire peut être administrée par toute espèce de preuves [26], et dirigée non-seulement contre la filiation maternelle, mais encore, le fait de la maternité étant prouvé ou susceptible de l'être, contre la filiation paternelle [27]. Les principes établis, *sup.*, § 161, au sujet de la paternité, ne sont pas applicables à ce cas [28]; et il appartient entièrement aux tribunaux de décider [29], par l'appréciation des faits et des circonstances, si le mari de la mère doit être considéré comme le père de l'enfant, art. 325.

CHAPITRE II.

DES ENFANTS LÉGITIMÉS, OU DE LA LÉGITIMATION.

§ 163. *Conditions et effets de la légitimation.*

La légitimation est une fiction du droit, en vertu de laquelle des enfants naturels sont considérés comme enfants légitimes [1].

La légitimation a lieu en vertu de la loi [2]. Elle s'opère par le

[25] Toullier, 2, n. 896; Duranton, 3, n. 137. Dans les autres cas, tout ce qui concerne la preuve contraire est réglé par les principes du droit commun.

[26] Par conséquent par témoins et sans qu'il soit besoin d'un commencement de preuve par écrit, Delvincourt, sur l'art. 325.

[27] [La preuve faite de la maternité de la femme conformément à l'art. 323, en prouvant par voie d'induction la paternité du mari, ne donne pas à cette présomption de paternité la force qui résulte dans les cas ordinaires de l'art. 312 et de la règle *Pater is est*, quand l'enfant a pour lui son acte de naissance et une possession d'état conforme. Cependant, cette preuve faite, l'enfant a pour lui une présomption qui milite en sa faveur tant que le père ou les parties intéressées n'ont pas détruit cette présomption par la preuve contraire. Mais pour faire cette preuve contraire, ils ne sont pas obligés de recourir à la voie extraordinaire du désaveu : l'art 325 leur permet de la faire par tous les moyens propres à établir que le réclamant n'a pas droit à la filiation à laquelle il prétend. V. Cass., 9 nov. 1808.]

[28] [Cependant si le mari, après avoir eu connaissance du recel de la naissance d'un enfant dont sa femme est accouchée, n'avait pas exercé en temps utile l'action en désaveu, il ne serait plus recevable, lors de l'action en reconnaissance de paternité ultérieurement formée contre lui par cet enfant, à contester sa filiation de la manière déterminée par l'art. 325.]

[29] Obs. du Trib. sur l'art. 325; Locré, sur le même article; Proudhon, 2, p. 56; Toullier, 2, n. 893 et s.; [Marcadé, sur l'art. 325; Demolombe, 5, n. 255 et s.]

[1] [La légitimation introduite dans le droit romain par les constitutions des empereurs chrétiens, L. 6, Code, *De naturalibus liberis*; Novelle 74, cap. 3, confirmée par le droit canon, Décrétale *Tanta vis*, Alexandre III, ch. 6, *Qui filii sint legitimi*, est passée de là dans la plupart des Coutumes et enfin dans le Code Napoléon. V. Merlin, *Rép.*, v° *Légitimation*; Pothier, *Du mariage*, part. 5, ch. 2, art. 2, § 1.]

[2] Les termes de l'art. 331 : « pourront être légitimés », ne doivent pas être entendus en ce sens que la légitimation par mariage subséquent dépende de la volonté des père et mère ou de l'enfant. La légitimation a lieu par le seul fait du mariage des père et mère, même contre leur volonté ou contre celle de l'enfant, V. Duranton, 3, n. 179 et 189; Favard, v° *Légitimation*, § 2, n. 5; [Marcadé, sur l'art. 331; Demolombe, 5, n. 365.] Richefort, sur l'art. 331, est

mariage subséquent[3] des père et mère d'un enfant naturel, et seulement par ce mariage subséquent[4].

Les enfants naturels ne sont légitimés par le mariage de leurs père et mère qu'autant que ceux-ci les ont légalement[5] reconnus avant le mariage[6], ou que leur filiation a été déclarée par un juge-

d'une opinion contraire; il se fonde sur ce que, d'après cet article, une déclaration des père et mère est nécessaire. C'est une erreur; l'article n'exige qu'une reconnaissance de l'enfant naturel, reconnaissance qui doit être faite dans l'acte de célébration, quand elle n'a pas eu lieu par un acte antérieur. [Sans doute il dépend du père et de la mère de reconnaître ou de ne pas reconnaître l'enfant, et par conséquent de le rendre susceptible d'être légitimé; mais une fois la reconnaissance acquise à l'enfant, il ne dépend plus de personne d'en arrêter les conséquences. Sans doute encore l'enfant légitimé peut, en vertu de l'art. 339, attaquer, de même que les tiers qui y ont intérêt, la reconnaissance dont il a été l'objet, et si cette reconnaissance est annulée la légitimation tombe, Paris, 28 déc. 1811; Bordeaux, 10 avril 1843, S.V., 43, 2, 480; Toulouse, 13 mars 1845, S.V., 45, 2, 416; Demolombe, 5, n. 366; Marcadé, sur l'art. 331; mais si elle n'est pas annulée, la légitimation subsiste.—Il est à remarquer que dans le cas où la nullité de la reconnaissance et par suite de la légitimation est formée par des tiers contre l'enfant, celui-ci ne peut être valablement représenté dans l'instance par son père ou par sa mère, s'ils ont des intérêts contraires, et qu'il doit lui être nommé un tuteur *ad hoc*, Colmar, 27 février 1852, S. V., 52, 2, 488.]

[3] Pourvu que le mariage soit valable. — Il n'est pas nécessaire que, de plus, un acte de légitimation soit inscrit sur les registres de l'état civil. — Sur la question de savoir si la légitimation a lieu par l'effet d'un mariage putatif, V. ci-dessus, § 125, note 8, et Loiseau, *Traité des enfants naturels*, p. 321. Loiseau refuse au mariage putatif l'effet de légitimer les enfants.—Les enfants naturels sont légitimés par le mariage subséquent, même dans le cas où, entre leur naissance et le mariage des père et mère, le père ou la mère a contracté un autre mariage qui depuis a été dissous, Merlin, *Rép.*, vº *Légitim.*; [Toullier, 2, n. 923; Richefort, 2, n. 216.] — Le mariage subséquent légitime même les enfants nés dans un pays qui n'admet pas ce mode de légitimation. [Si les père et mère sont Français, et si le mariage a lieu en France, cela ne peut pas faire difficulté. Il n'y aurait pas de difficulté non plus, lors même que le mariage serait célébré en pays étranger; ni si le père était Français et la mère étrangère, parce qu'alors l'enfant suivrait la condition et le statut de son père. Mais l'enfant naturel né d'un étranger et d'une Française ne serait pas légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère en pays étranger, si la législation du pays auquel appartient son père n'admettait pas ce mode de légitimation, Caen, 18 nov. 1852, S. V., 52, 2, 452. Et nous croyons même qu'il en serait ainsi alors même que le mariage aurait eu lieu en France, parce que la légitimation tient au statut personnel.]

[4] Mais non, comme en droit romain et dans l'ancien droit français, *per rescriptum principis*. [Du reste, sous l'ancien droit, la légitimation par lettres du prince, *per rescriptum principis*, avait des effets beaucoup moins étendus que la légitimation par mariage subséquent. V. Merlin, *Rép.*, vº *Légitimation*; Denizart, *eod. verb.*]

[5] *Légalement* et non *également*, comme cela est imprimé par erreur dans quelques éditions du Code. [L'art. 331 se réfère à l'art. 334 en ce qui touche la forme de la reconnaissance des enfants naturels. Il n'est pas nécessaire, au surplus, pour que cette reconnaissance soit valable au point de vue de la légitimation, qu'elle ait été transcrite, conformément à l'art. 62, sur les registres de l'état civil. L'art. 62 contient une disposition purement d'ordre, dans l'intérêt de l'enfant et afin de faciliter la preuve de son état, qui n'est point prescrite à peine de nullité, Locré, 4, p. 170; Merlin, *Rép.*, vº *Légitim.*, sect. 2, § 2, n. 15.]

[6] Ainsi, bien qu'un enfant naturel puisse être reconnu pendant le mariage, V. art. 337, cette reconnaissance, valable en elle-même, n'a jamais pour effet de légitimer l'enfant, Douai, 15 mai 1816. Une reconnaissance est nécessaire alors même qu'antérieurement au mariage l'enfant aurait eu la possession d'état d'enfant naturel de ses père et mère, Richefort, sur l'art. 331.

ment antérieur au mariage[7]. Il suit de là que l'enfant naturel dont les père et mère ne pouvaient se marier ensemble à l'époque où ils ont engendré l'enfant[8], par suite d'un empêchement de mariage absolu, persistant et dirimant, V. art. 335, et *sup.*, § 126, ne pouvant être reconnu, ne peut être légitimé par le mariage subséquent. Ainsi, les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent être légitimés[9]. Cette règle paraît devoir conserver son effet, même

[7] La reconnaissance forcée a le même effet, sous ce rapport, que la reconnaissance volontaire, Loiseau, p. 303; Proudhon, 2, p. 108; [Demolombe, 5, n. 362.] — Il y a beaucoup à dire en faveur de l'opinion d'après laquelle la reconnaissance forcée entraînerait la légitimation même lorsque le jugement n'aurait été rendu que pendant le mariage, par exemple, dans le cas où le père ayant reconnu l'enfant avant le mariage, l'enfant, après le mariage, forme contre la femme une action en recherche ou déclaration de maternité, et est déclaré par jugement fils de cette femme. V. dans le sens de cette légitimation, Toullier, 2, n. 927; Duranton, 3, n. 180; en sens contraire, Delvincourt, sur l'art. 331, et Favard, v° *Légitimation*, § 2, n. 2. [Nous pensons aussi que cette reconnaissance, étant postérieure au mariage, ne pourrait, bien que par jugement, produire la légitimation de l'enfant : que la légitimation par jugement ou forcée produise autant d'effet que la reconnaissance volontaire, soit; mais il n'y a aucune raison pour qu'elle en produise davantage, Demolombe, 5, n. 363. — En définitive, il faut qu'avant le mariage l'enfant naturel ait été reconnu *légalement* et *également* par son père et par sa mère.]

[8] Ainsi *respiciendum est ad tempus conceptionis*, V. art. 312, et non *ad tempus editi partûs*. En effet, l'art. 331 dit : « Nés d'un commerce, etc. » [Ainsi l'enfant conçu dans l'adultère est adultérin, encore bien qu'à sa naissance ses père et mère fussent devenus libres de s'unir par mariage, et par suite il ne peut être légitimé par mariage subséquent, Angers, 13 août 1806; le Havre, 23 mai 1838, S. V., 40, 2, 463;] Delvincourt, sur l'art. 331; Merlin, *Rép.*, v° *Légitimation*; [Favard, *eod. verb.*, § 1; Rolland de Villargues, *Enfants natur.*, n. 184; Duranton, 2, n. 334 et 3, n. 174; Richefort, 2, n. 116.] Loiseau, p. 275, est d'une opinion différente. D'après une troisième opinion, il suffirait que l'enfant eût pour lui l'une ou l'autre époque. V. Maleville, sur l'art. 331. [V. la note suivante.]

[9] L'art. 331 et de même l'art. 335 n'excluent nommément que les enfants adultérins et incestueux, sans établir de règle plus générale. Mais cette disposition peut être étendue à tous les *impedimenta matrimonii dirimentia quæ publica et perpetua sunt*, mais non à tous les *impedimenta matrimonii dirimentia* en général. Elle ne peut ainsi, par exemple, s'étendre à l'*impedimentum deficientis consensûs parentium*, ni à l'*impedimentum ætatis*. On ne saurait forcer l'analogie jusqu'à ce point, Loiseau, p. 279. L'extension de la disposition a de l'intérêt, par exemple, pour les enfants engendrés par un prêtre. V. note 10. — L'enfant naturel d'un mort civilement peut-il être légitimé? Oui sans doute. Loiseau, p. 293, est d'un autre avis. [Et cet avis devrait prévaloir s'il était vrai que tout empêchement dirimant et d'ordre public existant au moment de la conception ou de la naissance de l'enfant dût être un obstacle à sa légitimation ultérieure. Mais telle n'est pas la disposition de l'art. 331 rapproché de l'art. 335. Ces articles ne défendent de reconnaître que les enfants adultérins et incestueux, et par suite ne privent du bénéfice de la légitimation que les enfants adultérins et incestueux, parce qu'ils n'ont pu être reconnus. Ainsi, soit que l'enfant né d'un mort civil puisse ou ne puisse pas être reconnu tant que dure la mort civile, V. *inf.*, § 167 et 172, comme le mort civil ne peut se marier, il est vrai de dire que sous ce rapport l'enfant d'un mort civil ne peut être légitimé par mariage subséquent, puisqu'il ne peut pas y avoir de mariage subséquent; mais, revenu à la vie civile, le mort civil peut incontestablement reconnaître les enfants qu'il a eus et qu'aucune loi ne lui défendait d'avoir pendant sa mort civile, et les légitimer par le mariage pour lequel il a recouvré l'aptitude qu'il avait perdue. De même en admettant qu'un prêtre, en tant que prêtre, ne puisse ni reconnaître ses enfants, V. *inf.*, § 167, ni se marier, ni par conséquent les légitimer, il n'en est pas moins vrai que le jour où par une raison quelconque il lui sera permis de

dans le cas où l'empêchement de mariage a été levé par une dispense[10], avant le mariage des père et mère.

La légitimation a lieu, même dans le cas où les enfants seraient décédés à l'époque du mariage de leurs père et mère, mais auraient eux-mêmes laissé des enfants légitimes ou légitimés[11]. En autres termes, les descendants des enfants acquièrent par le mariage subséquent de leurs aïeuls et aïeules les mêmes droits que si ce mariage avait été conclu du vivant de l'enfant, art. 332.

Les enfants légitimés jouissent des mêmes droits que s'ils étaient nés dans le mariage auquel ils doivent leur légitimation. Cependant

se marier, il pourra les reconnaître et les légitimer. Bourges, 14 mars 1809: Cass., 22 janv. 1812; Merlin, *Rép.*, vº *Légit.*, sect. 2, § 2, n. 8. V. aussi Demolombe, 5, n. 345.]

[10] *Lex non distinguit*, Duranton, 3, n. 176; Delvincourt, sur l'art. 331; Merlin, *Rép.*, vº *Légit.*, sect. 2, § 2, n. 6 et s.; Favard, vº *Légitimation*, § 1, n. 1; Orléans, 25 avril 1833, S. V., 33, 2, 322. En sens contraire, Maleville, sur l'art. 331; Loiseau, p. 261; Toullier, 2,, n. 933. *Sententia si non rectior, certè æquior*. V. art. 164. V. encore sur cette question une discussion qui eut lieu à la Chambre des députés, le 29 janv. 1832, S. V., 33, 2, 85, et Dalloz, vº *Filiation*, ch. 3, sect. 1. — La même difficulté se présente lorsque l'empêchement est levé par une loi. V. Merlin, *loc. cit.*; Bourges, 14 mars 1809, et Cass., 22 janv. 1812. V. encore *inf.*, § 167. [La question de savoir si les enfants incestueux sont légitimés par mariage subséquent, quand ce mariage a lieu avec dispenses, est une des plus controversées. Aux autorités qui viennent d'être citées dans le sens de la légitimation, on peut ajouter Magnin, *Minorités*, 1, n. 255; Dupin, *Discuss. à la Ch. des dép.* déjà citée, et *Moniteur* du 4 mars 1838; Richefort, n. 225; Cabantous, *Dissert.*, S. V., 38, 2, 149; Pont, *Rev. de législat.*, 8, p. 150; Grenoble, 8 mars 1838, S. V., 38, 2, 145. — Dans le sens de la non-légitimation, Rolland de Villargues, *Enfants nat.*, n. 199; Proudhon, 2, p. 109; Duranton, 3, n. 177; Valette sur Proudhon, 2, p. 168, et *Rev. de législ.*, 8, p. 37; Thierriet, *ibid.*, p. 451; Marcadé, sur l'art. 331; Demolombe, 5, n. 354. Sans entrer dans l'examen des arguments invoqués de part et d'autre, il en est un qui, selon nous, établit de la manière la plus évidente qu'un mariage avec dispenses ne saurait légitimer les enfants nés d'un commerce incestueux, argument auquel on n'a jamais répondu d'une manière satisfaisante. Cet argument est pris de l'art. 331 qui, en disposant que les enfants incestueux ne pourront être légitimés par mariage subséquent, a eu précisément en vue le cas où un mariage subséquent pourrait avoir lieu, c'est-à-dire où il pourrait avoir lieu avec dispenses, puisqu'il ne peut avoir lieu autrement; de telle sorte que l'art. 331 ne renfermerait qu'un non-sens, si sa disposition n'avait d'autre but que de dire que les enfants incestueux, nés de personnes qui ne pourront jamais se marier, ne pourront pas être légitimés par le mariage de ces personnes. Loin donc, comme le dit fort bien M. Marcadé, que la disposition de l'art. 331 ne soit pas faite pour les enfants incestueux nés de personnes entre lesquelles le mariage est permis moyennant dispenses, il n'est au contraire fait que pour ces enfants. — Il n'y a même pas lieu de distinguer, dans notre opinion, entre les enfants nés avant les dispenses et ceux qui sont nés après, puisque c'est au moment de la conception qu'il faut se reporter. — *Contrà*, l'arrêt précité de Grenoble, V. *sup.*, note 8. Enfin il n'en serait pas autrement de l'enfant né avant le cent quatre-vingtième jour du mariage de deux personnes qui ne pouvaient se marier qu'avec dispenses : conçu dans l'inceste, le mariage ne pourrait le légitimer, ainsi que nous l'avons déjà dit, *sup.*, § 161, note 7. Il en est de même des enfants conçus dans l'adultère quoique nés dans le mariage, V. *sup.*, § 161, note 7; V. aussi *sup.* la note 8. Nous ne nous dissimulons pas ce que ces décisions ont de rigoureux ; mais nous les croyons conformes à la loi et aux principes.]

[11] Favard, vº *Légitimation*, § 3, n. 1; [Marcadé, sur l'art. 332. V. Demolombe, 5, n. 356.]

la légitimation n'a jamais d'effet rétroactif ; en autres termes, les droits des enfants légitimés ne doivent pas être appréciés comme si ces enfants eussent été légitimes [12] dès le principe, c'est-à-dire à l'époque où ils ont été engendrés. *Dies nuptiarum est dies conceptionis et nativitatis legitimæ.* V. art. 331-333 et le chapitre suivant.

CHAPITRE III.

DES ENFANTS ILLÉGITIMES.

SECTION Ire. — DES ENFANTS ILLÉGITIMES EN GÉNÉRAL.

§ 164. *Définition.—Division.*

On appelle enfants illégitimes ceux qui, par application de la règle établie au § 161, ne peuvent être considérés comme conçus dans le mariage [1].

Il y a deux espèces d'enfants illégitimes : les uns sont nés de personnes qui, bien que non mariées, n'étaient cependant séparées par aucun empêchement de mariage, absolu, permanent et dirimant ; les autres proviennent d'une union entre personnes auxquelles l'existence d'un empêchement de ce genre ne permettait pas de s'unir par le mariage [2]. On appelle enfants naturels les enfants illégitimes de la première espèce. Parmi les enfants illégitimes de la seconde espèce, pour lesquels le Code Napoléon n'a pas de nom générique, mais que l'on pourrait qualifier d'enfants engendrés contrairement aux lois du mariage, se rangent, par

[12] Ainsi, par exemple, l'enfant légitimé n'hérite pas des parents décédés depuis sa naissance, mais avant sa légitimation, c'est-à-dire avant le mariage de ses père et mère, Loiseau, p. 285 ; Toullier, 2, n. 930 ; Duranton, 3, n. 183 ; Merlin, *Rép.*, vo *Majorat* ; [Favard, vo *Succes.*, sect. 1, § 2, n. 2 ; Marcadé, sur l'art. 333 ; Demolombe, 5, n. 369] ; Orléans, 16 fév. 1809 ; Cass., 11 mars 1811 ; Paris, 11 déc. 1812 ; [Riom, 3 juill. 1840, S. V., 40, 2, 362.] — L'enfant légitimé est, relativement aux enfants nés dans le mariage, le plus âgé, Favard, *loc. cit.*, § 3, n. 3 ; [Demolombe, 5, n. 371 ; Marcadé, sur l'art. 333 ; mais il est le puîné des enfants nés d'un mariage intermédiaire, Demolombe, 5, n. 370 ; et Marcadé, *ibid.*] — L'usufruit légal des père et mère, sur les biens des enfants légitimés, ne commence que du jour du mariage.

[1] Ainsi, *respiciendum est ad tempus conceptionis, non ad tempus partûs.* La même règle est encore applicable lorsqu'il s'agit de déterminer si un enfant doit être considéré *pro partu adulterino*, Delvincourt, 1, p. 227 ; Proudhon, 2, p. 90 ; Toullier, 2, n. 917 ; Duranton, 3, n. 203 ; Chabot, sur l'art. 762 ; Merlin, *Rép.*, vo *Légitimation*. [V. *sup.*, § 161, note 3, et § 163, note 8.]

[2] V. § 163.—L'enfant né d'une personne morte civilement, V. § 110, est-il un enfant naturel simple ? Oui. Il ne pouvait pas exister de mariage entre ses parents ; mais il n'y avait point d'empêchement de mariage entre eux. V. Delvincourt, 1, p. 227. [V. *sup.*, § 163, note 9.] *Quid*, si l'empêchement au mariage est levé dans la suite par une dispense ? V. *sup.*, § 163, note 10.

exemple[3], les enfants adultérins[4] et les enfants incestueux, *liberi incestuosi et adulterini.*

§ 165. *Historique de la matière*[1].

Les dispositions de l'ancien droit relatives aux enfants illégitimes étaient très-rigoureuses. Il autorisait, il est vrai, l'action *de agnoscendo partu,* même contre le père. Mais le droit des enfants illégitimes, vis-à-vis de leurs père et mère, et sur leur succession, se bornait à des aliments. Ils ne pouvaient même pas recevoir d'eux les donations et les legs qui excédaient, d'une manière notable, de simples aliments, sauf sous le régime de quelques coutumes provinciales et locales qui leur faisaient une meilleure position. — La succession de l'enfant illégitime qui venait à mourir sans descendants légitimes et sans testament (et le droit de tester était refusé dans des temps plus anciens aux enfants illégitimes), était dévolue au roi ou au seigneur justicier. C'est ce qu'on appelait le droit de bâtardise.

A l'extrême rigueur qui frappait sous l'ancien droit les enfants illégitimes succéda, pendant la révolution, un esprit tout opposé. Les lois rendues à cette époque, notamment la loi principale, celle du 12 brumaire an II [2], assimilèrent complétement les enfants naturels aux enfants légitimes. Elles soumirent toutefois à certaines restrictions (V. cette loi, art. 8) la recherche de la paternité.

Le Code a pris un moyen terme, bien qu'on lui ait reproché d'user plutôt de trop de rigueur que de trop d'indulgence à l'égard des enfants naturels[3]. Il a complétement interdit la recherche de la paternité ; mais cette interdiction, qui a soulevé beaucoup de réclamations dans l'intérêt de la morale, peut néanmoins très-bien se justifier par les principes du droit, qui ne font résulter le fait de la paternité que d'une simple présomption.

[3] Le Code ne considère comme enfants nés contrairement aux lois que les *liberos adulterinos et incestuosos*, art. 335. Mais si l'on admet que l'on doive considérer l'engagement dans les ordres sacrés comme un empêchement au mariage, V. § 120, les enfants d'un prêtre devront être, comme sous le droit ancien, rangés dans cette même catégorie d'enfants, Argou, *Inst. au dr. fr.*, 1, p. 77. [V. sur ce point *inf*, § 172.] V. *sup.*, § 129, note 1 ; Chabot, sur l'art. 762; Bedel, p. 116; Grenoble, 14 vent. an XII.

[4] Un enfant est un *partus adulterinus* si le père ou la mère ou tous les deux étaient mariés au moment de la conception.

[1] V. Argou, 1, p. 76; Merlin, *Rép.*, v° *Bâtard;* discussion sur l'art. 334 et s. L'ancienne dénomination de *bâtards* appliquée aux enfants illégitimes n'est pas adoptée par le Code.

[2] V. aussi la loi transitoire du 14 floréal an XI, et Cass., 15 janv. 1811.

[3] On a surtout reproché au Code de n'avoir point assimilé les enfants naturels aux enfants légitimes par rapport à la mère, comme en droit romain. [Mais il y aurait plutôt à louer qu'à blâmer les auteurs du Code de n'avoir point assimilé aux enfants légitimes les fruits de la débauche et du concubinage.]

§ 166. *Des droits des enfants illégitimes.*

1° Abstraction faite des rapports avec leurs père et mère, et avec les parents et alliés de ceux-ci, les enfants illégitimes jouissent absolument des mêmes droits civils et politiques que les enfants légitimes[1].

2° Les enfants illégitimes n'ont, avec les parents et alliés de leurs père et mère, ni parenté, ni alliance, dans le sens du droit civil, arg. art. 159, 756, Pén., art. 299. L'enfant illégitime ne doit donc pas d'aliments aux parents de ses père et mère, pas plus qu'il n'a le droit de leur en demander[2]. Cependant cette règle souffre une exception dans le cas de l'art. 766, et relativement à certaines prohibitions fondées sur la parenté, lesquelles, d'après la lettre, V. art. 161, 162, et § 133, ou d'après l'esprit de la loi, s'appliquent aussi aux enfants illégitimes[3].

3° Les enfants illégitimes n'ont pas les droits des enfants légitimes, mais seulement certains droits[4]. Il en est de même quant aux droits des père et mère des enfants illégitimes, art. 338. V. § 133. Les droits que la loi confère aux enfants illégitimes *ne leur* sont même acquis qu'autant qu'ils ont été reconnus par leurs père et mère; de telle sorte qu'ils ont ces droits, relativement à la mère quand la mère les a reconnus, relativement au père quand ils ont été reconnus par le père, et relativement à tous les deux quand tous les deux les ont reconnus.

La reconnaissance d'un enfant naturel est la déclaration formelle faite par un homme ou par une femme, qu'il est le père ou qu'elle est la mère de tel enfant[5] né hors mariage.

Le jugement qui déclare que tel enfant est né hors mariage d'une personne déterminée[6], ou que tel enfant est celui qui a été

[1] Proudhon, 2, p. 91.

[2] [Cass., 7 juill. 1817.—*Contrà*, Douai, 19 mars 1816; Merlin, *Rép.*, v° *Enfant nat.*; Chardon, *Des trois puissances*, 2, n. 229.]

[3] V. Pr., art. 268. V. Favard, v° *Enf. nat.*, § 4.

[4] [Ainsi un enfant naturel, même reconnu par son père, ne peut point porter le nom de celui-ci, si ce nom ne lui a pas été donné dans son acte de naissance ou de reconnaissance, Cass., 22 juin 1819. V. aussi Cass., 2 brum. an XII.]

[5] L'acte de reconnaissance doit déterminer l'individualité de l'enfant. — Il ne suffirait pas qu'une personne eût déclaré avoir eu un enfant naturel, lors même qu'il y aurait un individu invoquant la possession d'état d'enfant naturel de cette personne, Lyon, 29 vent. an XII. Mais lorsqu'un individu déterminé a été reconnu, son identité peut être prouvée par témoins, [Bastia, 17 août 1829. V. Demolombe, 5, n. 411.] V. § 162, note 4.

[6] [Cela n'est pas vrai en général pour le père, la recherche de la paternité étant interdite. Cependant un aveu judiciaire de paternité équivaut à une reconnaissance, Colmar, 24 mars 1813; Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 9 et s.; Richefort, n. 250; Rieff, n. 146.—Sur l'effet de la vérification en justice d'une reconnaissance par acte sous seing privé, V. le paragraphe suivant. — Quant à la mère, comme sa maternité peut être recherchée, la re-

reconnu par une personne déterminée[7], a du reste les mêmes effets juridiques que la reconnaissance.

En conséquence, on distingue deux sortes de reconnaissances : la reconnaissance volontaire et la reconnaissance forcée, *recognitio verè talis; recognitio quasi sive ab effectu talis.* Et quand, dans la suite, nous nous servirons du mot reconnaissance, sans autre explication, il s'appliquera à la reconnaissance volontaire comme à la reconnaissance forcée, à moins que le contraire ne résulte du sens général.

Les enfants naturels seuls peuvent être reconnus[8]. Les enfants engendrés contrairement aux lois du mariage n'ont en général aucuns droits contre leurs père et mère, V. art. 762 et § 133 ; et réciproquement leurs père et mère n'ont aucuns droits contre eux.

SECTION II. — DES ENFANTS NATURELS.

§ 167. *De la reconnaissance volontaire des enfants naturels.*

Le père et la mère peuvent reconnaître un enfant naturel, chacun en ce qui le concerne, c'est-à-dire sans que la reconnaissance faite par l'un oblige l'autre à faire la même reconnaissance[1]. La reconnaissance faite par l'un d'eux ne préjudicie donc pas aux droits de l'autre, et ne peut dès lors conférer à l'enfant, relativement à celui des père et mère qui ne l'a pas reconnu, les droits d'un enfant naturel reconnu[2], art. 336[3].

connaissance de maternité résultant d'un jugement produit les mêmes effets qu'une reconnaissance volontaire, Paris, 27 juin 1812; Rouen, 17 mars 1813; Toullier, 2, n. 972 et 978; Duranton, 3, n. 255; Favard, v° *Reconn.*, sect. 2, § 2, n. 1; Rolland de Villargues, n. 280 et 360. V. cependant Merlin, *Rép.*, v° *Success.*, § 3, art. 1, n. 1.—V. aussi *inf.*, § 170.]

[7] [Ce n'est plus là qu'une déclaration d'identité. V. *sup.*, note 5.]

[8] [V. le paragraphe suivant.]

[1] Ainsi chacun des père et mère peut reconnaître l'enfant dans un acte particulier, lors même que l'enfant est reconnu simultanément par tous les deux, Toullier, 2, n. 928. —Le père peut même reconnaître un enfant qui, dans son acte de naissance, a été inscrit sous le nom d'un autre, Paris, 2 juin 1809.

[2] L'aveu de la mère, dont parle l'art. 336, doit être apprécié suivant les règles qui régissent en général la reconnaissance de l'enfant par la mère. V. ci-après la note 32 et la note suivante.

[3] L'article ne pose cette règle que relativement à la reconnaissance du père ; mais il y a même motif pour qu'elle s'applique à la reconnaissance faite par la mère. V. discussion et Locré, sur l'art. 336; Proudhon, 2, n. 99; Toullier, 2, n. 956. — Le père ou la mère en se désignant l'un l'autre sans leur consentement réciproque, s'exposent même à être poursuivis comme coupables de diffamation, Disc. sur l'art. 336. — L'acte de reconnaissance dans lequel le père, de sa propre autorité, a désigné la mère ne forme pas même un commencement de preuve par écrit contre elle. V. art. 35. Mais, dans tous les cas, la reconnaissance faite par le père produit son effet contre celui-ci, lors même que sa paternité serait contestée par la mère, Favard, v° *Reconn. d'enf. nat.*, sect. 1, § 3, art. 1, n. 5. [Ce qui précède, tant dans cette note qu'à la note 2, a besoin d'être com-

En droit strict, les personnes qui sont capables de s'obliger peuvent seules reconnaître un enfant [4]. Cependant on a admis, par

plété par quelques explications. Aux termes de l'art. 336, la reconnaissance du père, sans l'indication et l'aveu de la mère, n'a d'effet qu'à l'égard du père. De cette disposition, la jurisprudence et la plupart des auteurs ont conclu que la reconnaissance du père avec l'indication et l'aveu de la mère devait avoir effet à l'égard de la mère, et que cet article 336, ne soumettant l'aveu de la mère à aucune condition particulière ni de forme ni de temps, l'indication de la mère faite sans son aveu actuel pouvait lui être opposée à quelque époque et de quelque manière que cet aveu eût été manifesté, et qu'on pouvait faire résulter cet aveu de toute espèce d'écrit, même des circonstances. V. Cass., 26 avril 1824; Bordeaux, 19 janv. 1831, S. V., 31, 2, 231, et 15 fév. 1832, S. V., 32, 2, 410; Paris, 15 janv. 1834, S. V., 35, 2, 5; Cass., 7 janv. 1852, S. V., 52, 1, 12; Bordeaux, 11 mars 1853, S. V., 53, 2, 322; Duranton, 3, n. 245; Toullier, 2, n. 927; Rieff, n. 149; Richefort, 2, n. 278. Et on a été jusqu'à conclure de là que, bien qu'il n'y ait de reconnaissance expresse que de la part du père, il pouvait résulter des circonstances une reconnaissance implicite de la part de la mère, telle que l'enfant pouvait être légitimé par le mariage subséquent de ses père et mère, Cass., 22 janv. 1839, S. V., 39, 1, 5; Paris, 20 avril 1839, S. V., 39, 2, 249, et l'arrêt précité de Bordeaux, du 11 mars 1853. Nous avouons que toutes ces solutions nous paraissent diamétralement contraires à l'art. 336 et à tous les principes en matière de reconnaissance d'enfants naturels et de recherche de la maternité. La règle, en matière de reconnaissance, c'est que celle de la mère, comme celle du père, est soumise à des formes sans lesquelles elle ne peut valoir comme reconnaissance. V. *inf.* La recherche de la maternité n'est permise que moyennant certaines conditions. V. *inf.* Il résulte de là que lorsque l'aveu de la mère n'est pas revêtu des formes exigées pour l'efficacité d'une reconnaissance, il ne peut valoir comme reconnaissance, et que l'art. 336, en parlant de l'aveu de la mère, a nécessairement entendu parler d'un aveu valant comme reconnaissance; en d'autres termes, il suppose une reconnaissance simultanée par le père et par la mère. Sans doute un aveu de la mère, qui ne vaudrait pas contre elle en tant que reconnaissance, peut suffire pour autoriser contre elle la recherche de la maternité, ou venir à l'appui de cette recherche; mais alors on entre dans un autre ordre d'idées, et il ne peut plus être question ni de reconnaissance, ni de l'art. 336, qui ne s'applique qu'à la reconnaissance. En d'autres termes, pour que la reconnaissance du père, portant indication de la mère, ait effet contre la mère, comme reconnaissance par la mère, il faut qu'il y ait de la part de cette dernière un aveu qui devra être apprécié d'après les règles auxquelles est subordonnée l'efficacité d'une reconnaissance; et l'indication de la mère, faite par le père sans l'aveu de celle-ci, ne peut en aucune manière lui être opposée, même pour autoriser contre elle la recherche de la maternité, parce que cette indication à laquelle elle est étrangère ne peut servir contre elle de commencement de preuve par écrit. S'il en était autrement, l'art. 336 aurait admis un mode de constatation de la maternité qui ne serait ni la *reconnaissance*, ni la *recherche de la maternité*, et qui serait à la fois contraire aux règles sur la reconnaissance et aux règles sur la recherche de la maternité, anomalie inexplicable et à laquelle sont loin de se prêter les termes de l'art. 336, quand on les rapproche surtout de la discussion qui en a préparé la rédaction, Demolombe, 5, n. 383 et s.; Marcadé, sur l'art. 336; Valette sur Proudhon, 2, p. 149.]

[4] [Néanmoins, comme il s'agit ici de la reconnaissance ou de l'aveu d'un fait personnel à celui qui l'avoue, et non d'un contrat proprement dit, bien que cet aveu puisse imposer certaines obligations, on admet généralement qu'il n'est pas nécessaire d'avoir, pour reconnaître un enfant, le même degré de capacité civile que pour contracter. V. la note qui suit. Toutefois, il faut être moralement capable de consentir; c'est pourquoi l'individu en état de démence ne peut valablement reconnaître un enfant naturel, à moins cependant qu'il ne soit dans un intervalle lucide, Orléans, 8 fév. 1852, S. V., 53, 2, 6; Loiseau, p. 487; Favard, vº *Reconnaiss.*, sect. 1, § 1, n. 4; Rieff, n. 149; Demolombe, 5, n. 288. Et, à cet égard, il faut distinguer entre celui qui est interdit et celui qui ne l'est pas. S'il y a interdiction, il faudra prouver, pour faire maintenir la reconnaissance, qu'elle a été faite dans un inter-

raison d'équité, *in favorem partûs*, qu'un mineur peut aussi reconnaître un enfant, sans le consentement de son tuteur ou curateur[5], et qu'une femme mariée peut faire cette reconnaissance, même sans l'autorisation de son mari ou de la justice[6].

D'autre part, tout enfant naturel, sans distinction d'âge ni d'état (les enfants adultérins et incestueux seuls exceptés), peut être reconnu, art. 335. V. § 172.

Le consentement de l'enfant n'est point nécessaire pour la validité de la reconnaissance[7].

La reconnaissance d'un enfant naturel n'est valable qu'autant qu'elle répond aux conditions desquelles dépend, en général, la force obligatoire d'une déclaration de volonté. Elle n'est donc valable qu'autant qu'elle n'a été obtenue ni par violence ni par dol[8],

valle lucide ; s'il n'y a pas interdiction, il faudra, pour la faire tomber, prouver l'état de démence au moment de la reconnaissance.—On ne peut étendre cette incapacité à celui qui est légalement interdit par suite d'une condamnation, V. *sup.*, § 70, et qui est seulement incapable de contracter, Loiseau, p. 489; Rieff, n. 149; Demolombe, *ibid.* — ... ni à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, qui n'est incapable que pour certains actes déterminés, art. 499 et 513; Douai, 25 janv. 1819 ; *mêmes autorités.* — Quant au mort civilement, il ne peut reconnaître un enfant naturel, parce que la reconnaissance établit entre le père et l'enfant des rapports de droits civils, qui ne résultent pas des liens créés par le droit naturel, Loiseau, p. 490 ; Richefort, 2, n. 267. — *Contrà*, Demolombe, 5. n. 389. — Un prêtre peut reconnaître un enfant naturel, surtout s'il s'agissait d'un enfant qu'il aurait eu avant d'entrer dans les ordres. C'est moins la paternité que le mariage qui est incompatible avec le sacerdoce. V. *inf.*, § 175, note 5. — Enfin, l'étranger peut reconnaître un enfant naturel en France, s'il en a la capacité d'après la loi étrangère qui le régit, Demolombe, 5, n. 390.]

[5] *Agnoscit obligationem naturalem eamque sanctissimam*, Proudhon, 2, p. 116 ; Loiseau, p. 483; Toullier, 2, n. 962; Duranton, 3, n. 258 ; [Merlin, *Quest.*, v° *Paternité*, § 2 ; Favard, v° *Reconnaiss.*, sect. 1, § 1 ; Rolland de Villargues, *eod. verb.*, n. 10; Richefort, 2, n. 259 ; Rieff, n. 140 ; Demolombe, 5, n. 388] ; Bruxelles, 4 fév. 1811 ; Cass., 22 juin 1813, et 4 nov. 1835, S. V., 35, 1, 785. [Mais nous croyons que cette reconnaissance n'est valable qu'autant que le mineur a atteint l'âge fixé par le Code civil pour le mariage, Magnin, 2, n. 218. Dans tous les cas, si la reconnaissance faite par un mineur est contestée, les tribunaux doivent examiner avec soin si elle a été faite avec la liberté d'esprit et de volonté nécessaire pour toute reconnaissance, et se montrer d'autant plus faciles dans l'admission des preuves de la suggestion et de la captation que le mineur, à raison de son âge, est plus exposé aux influences de cette nature, Rouen, 10 mars 1815 ; Douai, 17 mars 1840, S. V., 40, 2, 255; Favard ; Rieff; Richefort ; Demolombe, *loc. cit.* — Suivant un auteur, Malpel, *Rev. de législ.*, 4, p. 43, la reconnaissance d'un enfant naturel, valable par une fille mineure, serait nulle faite par un garçon. Cette distinction ne nous paraît pas devoir être suivie.]

[6] Arg. art. 337; Maleville et Delvincourt, sur l'art. 337 ; Proudhon, 2, p. 102 ; Loiseau, p. 413; Toullier, 2, n. 961 ; Duranton, 3, n. 257; [Rolland de Villargues, *Enf. nat.*, n. 241 ; Demolombe, 5, n. 388.]

[7] Proudhon, 2, p. 117 ; Loiseau, p. 403 ; Favard, v° *Reconn. d'enf. nat.*, sect. 1, § 3, art. 11, n. 9. [Sauf le droit qui lui appartient de la contester, Nîmes, 2 mai 1837, S. V., 37, 2, 347; Toullier, 2, n. 964; Duranton, 3, n. 960; Demolombe, 5, n. 412.]

[8] Duranton, 3, n. 220; Merlin, *Rép.*, v° *Bâtard*, sect. 2, § 3 ; v° *Filiation*, § 4; Favard, *loc. cit.*, sect. 1, § 5, art. 11; [Demolombe, 5, n. 439]; Amiens, 11 flor. an XII; Cass., 5 août 1807, 11 août 1808; Grenoble, 5 mars 1810 ; Riom, 1er août 1809; Paris, 14 déc. 1833, S. V., 54, 2, 6; [Orléans, 16 janv. 1847, S. V., 48, 1, 100.] Comme, d'après le droit actuel,

et que les circonstances, par exemple le rapport des âges, indiquent que le déclarant peut être réellement le père ou la mère de l'enfant[9]. La reconnaissance peut d'ailleurs être faite en tout temps, même avant la naissance de l'enfant[10], ou après son décès, pourvu toutefois qu'il ait laissé des descendants[11], art. 332.

la recherche de la paternité n'est pas admise, la reconnaissance d'un enfant naturel ne peut être attaquée sous le prétexte que la crainte de cette action avait déterminé la reconnaissance: *metus vanus*. [Il en était autrement sous le droit intermédiaire, Cass., 13 vendém. an V. Du reste, la généralité des termes de l'art. 339 porte à penser que la reconnaissance peut être attaquée pour cause de dol et de violence, non pas seulement par l'auteur de la reconnaissance, mais encore par tous ceux qui y ont intérêt, c'est-à-dire par l'enfant et par les tiers, Demolombe, *loc. cit.*; Bordeaux, 10 avril 1843, S. V., 43, 2, 481.]

9 Favard, *loc. cit.*, sect. 1, § 1, n. 1, 2.

10 Chabot, sur l'art. 756; Loiseau, p. 421; Favard, *Reconn. d'enf. nat.*, sect. 2, § 11, n. 4; [Duranton, 3, n. 211; Toullier, 2, n. 955; Richefort, 2, n. 261; Rolland de Villargues, v° *Reconn. d'enfant*, n. 27; Marcadé, sur l'art. 334; Demolombe, 5, n. 414 et 415]; Aix, 10 fév. 1806 et 3 déc. 1807; Bruxelles, 12 janv. 1808; Cass., 16 déc. 1811; Paris, 1er fév. 1812; Colmar, 11 mars 1819; et Metz, 19 août 1824; [Grenoble, 13 janv. 1840, S. V., 40, 2, 216. Mais il faut tout au moins que l'enfant soit conçu, Douai, 23 mai 1841, S. V., 41, 2, 537.]

11 Il semble résulter d'une manière très-positive de la rédaction de l'art. 332, qu'un enfant naturel ne peut être reconnu après sa mort que dans cette hypothèse. Telle est l'opinion de Delvincourt, p. 1, 201. [V. aussi Marcadé, sur l'art. 334; Duranton, 3, n. 264; Richefort, 2, n. 263; Rieff, n. 151.] D'autres auteurs admettent cependant que la reconnaissance peut avoir lieu après la mort de l'enfant, lors même qu'il n'aurait pas laissé de descendants, d'où il résulterait que, par exemple, le père et la mère pourraient arriver à la succession d'un enfant non reconnu par eux du vivant de celui-ci, en le reconnaissant après sa mort. V. Loiseau, p. 444; Favard, v° *Reconnaiss. d'enf. nat.*; Malpel, *Des succes.*, n. 165; Rolland de Villargues, v° *Reconn. d'enf. nat.*, n. 28. La jurisprudence n'est pas encore fixée. V. en sens divers, Douai, 23 janv. 1819; Paris, 25 janv. 1835, S. V., 35, 2, 292. [L'intérêt de la question porte principalement sur le point de savoir si la reconnaissance faite après le décès profite aux père et mère quand, l'enfant n'ayant pas laissé de descendants, elle ne peut plus profiter à lui-même ou à sa descendance. En effet, des auteurs et des arrêts, tout en admettant, jusqu'à un certain point, la validité de la reconnaissance en elle-même, bien que l'enfant n'ait pas laissé de descendance, ne veulent pas que cette reconnaissance donne au père ou à la mère le droit de succéder à l'enfant. V. l'arrêt précité de Paris, du 25 mai 1835; Pau, 9 juill. 1844, S. V., 45, 2, 10; Vazeille, sur l'art. 765, n. 2; Duranton, 2, n. 265. Un auteur a même fait à cet égard une distinction entre la mère à laquelle il reconnaît le droit de succéder par suite d'une telle reconnaissance, et le père auquel il le refuse, Belost-Jolimont sur Chabot, art. 765, n. 2. Il nous semble qu'il n'y a ici qu'une question, celle de savoir si la reconnaissance est valable ou si elle est nulle. Si elle est nulle, il n'y a plus aucune conséquence à en tirer; mais si elle est valable, elle doit produire toutes les conséquences qui y sont attachées, et spécialement ouvrir au père ou à la mère le droit de succession qui leur est donné par l'art. 765. Or, aucune disposition légale ne limite à la vie même de l'enfant la durée du temps pendant lequel il peut être reconnu : l'art. 332, duquel on argumente, est spécial à la légitimation, et ne dit rien quant à la reconnaissance. L'intérêt des père et mère qui, sans reconnaître un enfant de son vivant, ont cependant fait pour lui des dépenses, et lui ont donné les moyens d'arriver à la fortune, suffit d'ailleurs pour justifier une reconnaissance postérieure à son décès, dans le but fort légitime de lui succéder. Il faut donc tenir cette reconnaissance pour valable, et ne lui refuser aucune de ses conséquences, Cass., 7 janv. 1852, S. V., 52, 1, 12; Paris, 26 avril 1852, et Douai, 20 juillet 1852, S. V., 52, 2, 525 et 678; Demolombe, 5, n. 416. — *Contrà*, Nancy, 26 juill. 1850, S. V., 52, 1, 12.] — On peut reconnaître un enfant bien qu'absent, Nîmes, 11 juill. 1827; [Demolombe, 5, n. 41.] Mais il est bien évident que l'aïeul ne peut pas

Afin de mieux s'assurer que la reconnaissance d'un enfant naturel a été libre, la loi veut qu'elle ne puisse être valablement faite que par acte authentique[12]; art. 334. V. art. 36. Une reconnaissance faite par un acte sous seing privé est donc, comme telle[13], non avenue; et l'action en reconnaissance ou en vérification d'écriture ne peut être intentée contre celui qui a fait un pareil acte, ni la reconnaissance ainsi faite être considérée comme une reconnaissance faite par acte public[14], dans le cas même où l'acte a été vérifié en justice.

Cependant un acte sous seing privé, dans lequel un enfant naturel a été reconnu, acquiert l'efficacité d'un acte authentique, et la reconnaissance devient valable, quand l'acte a été confirmé devant un officier public compétent; ainsi, bien que la reconnaissance faite par acte sous seing privé ne devienne pas valable par le seul fait du dépôt de l'acte entre les mains de l'officier public qui eût été compétent pour le recevoir, il en est autrement quand, en faisant ce dépôt, l'auteur de la reconnaissance en a confirmé le contenu, ou a réitéré la reconnaissance, et qu'il a été dressé acte de l'une ou de l'autre déclaration par l'officier public[15].

reconnaître l'enfant naturel de son fils ou de sa fille, Delvincourt, 1, p. 234; Favard, *loc. cit.*, sect. 1, § 1, n. 6.

[12] [Toullier, 2, n. 951, a soutenu qu'un acte authentique n'était pas exigé à peine de nullité, et qu'un acte sous seing privé pouvait suffire. Cette doctrine, contraire au texte précis de l'art. 334, n'a jamais été admise et a été combattue par tous les auteurs, notamment par Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 9. V. aussi Rouen, 30 juin 1817, et Limoges, 6 juill. 1832, S. V., 32, 2, 497.]

[13] Comme telle, car, quand elle a été faite par la mère, elle peut être invoquée contre celle-ci comme un moyen de prouver la maternité, V. *inf.*, note 32.

[14] Loiseau, p. 469; Duranton, 3, n. 226; Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 9; Favard, v° *Reconnaissance d'enfant naturel*, sect. 1, § 3, art. 2, n. 7; [Chabot, *Quest. transit.*, v° *Enf. nat.;* Proudhon, 2, p. 111; Marcadé, sur l'art. 334; Demolombe, 5, n. 420; Amiens, 19 niv. an XII. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 949 et s.; Paris, 25 prair. an XIII; Cass., 16 nov. 1808. Ce que veut le législateur en exigeant un acte authentique, ce n'est pas la certitude du fait même de la reconnaissance, c'est une certaine solennité qui garantisse la liberté et la réflexion de celui qui fait cette reconnaissance. Or, la vérification en justice, quelque certitude qui puisse en résulter sur l'écriture et la signature de l'auteur de l'écrit, ne remplit pas le vœu de la loi, quant à la solennité qui doit environner l'acte au moment même où il est fait. L'aveu que l'auteur de la reconnaissance ferait en justice de son écriture et de sa signature ne pourrait même rendre valable une reconnaissance nulle dès le principe; cet aveu constaterait sans doute que la reconnaissance a été faite, mais il constaterait en même temps que cette reconnaissance n'a pas été faite dans la forme voulue par la loi. Il en serait même ainsi d'une reconnaissance émanée de la mère, sauf l'application des règles relatives à la recherche de la maternité, Valette sur Proudhon, 2, p. 174; Duvergier sur Toullier, 2, n. 950; Demolombe, 5, n. 422. — *Contrà*, Duranton, 3, n. 227. — Mais il faut bien prendre garde que ce que nous venons de dire relativement à la vérification ou à l'aveu de la reconnaissance en justice ne serait pas applicable à l'aveu judiciaire que le père ou la mère ferait, non du fait même de la reconnaissance mais du fait de la paternité ou de la maternité : cet aveu, dont il serait donné acte par jugement, serait une véritable reconnaissance par acte authentique Colmar, 24 mars 1813; Merlin, *loc. cit* Richefort, n. 250; Rieff, n. 146.]

[15] Ainsi paraissent devoir se concilier

La règle que la reconnaissance d'un enfant naturel, contenue dans un acte sous seing privé, n'a aucune validité légale, est notamment applicable (sous réserve toutefois des exceptions que cette règle souffre elle-même, en général), au cas où l'enfant a été reconnu par un testament olographe [16].

Du reste, cette proposition ne signifie pas seulement que la reconnaissance d'un enfant naturel, contenue dans un acte sous seing privé, ne confère pas à cet enfant les droits héréditaires d'un

les opinions divergentes des commentateurs. Il y a surtout difficulté sur le point de savoir si la reconnaissance d'un enfant naturel, contenue dans un acte privé, doit être considérée comme valable quand l'acte a été déposé chez un notaire, par son auteur, pour être mis au nombre de ses minutes. Pour décider cette question, il faut recourir à la règle : *In dubio pro partu naturali*. [Selon des auteurs, la reconnaissance d'un enfant naturel faite dans un acte sous seing privé est valable, quand cet acte a été déposé chez un notaire par la personne même qui l'a souscrit. V. Chabot, *Quest. trans.*, v° *Enf. nat.*, 1, p. 445; Favard, v° *Reconn.*, sect. 1, § 3, art. 2, n. 3; Proudhon, 2, p. 111; Toullier, 2, n. 951; Richefort, n. 252. Mais, selon d'autres auteurs, la reconnaissance ne devient valable par le dépôt qui en est fait qu'autant qu'elle se trouve relatée soit textuellement, soit en substance, dans l'acte de dépôt. V. Loiseau, p. 472; Demolombe, 5, p. 406. Telle est aussi notre opinion : le simple dépôt d'une reconnaissance par acte sous seing privé ne fait pas que cette reconnaissance ait été primitivement faite par acte authentique, c'est-à-dire dans les conditions voulues par la loi pour qu'il y ait preuve qu'elle a été libre et réfléchie. Ce qui est ici réellement authentique, c'est l'acte de dépôt; il faut donc, pour que la reconnaissance participe de cette authenticité qu'elle se trouve reproduite dans cet acte d'une manière suffisante, ou, du moins, qu'il résulte de cet acte l'intention de maintenir et de valider le contenu de l'acte déposé.]

[16] Loiseau, p. 464; Duranton, 3, n. 215, 218. [Selon ce dernier auteur, si un testament olographe a été déposé chez un notaire par le testateur, et qu'il y ait acte du dépôt qui en constate la présentation par le testateur lui-même, surtout avec déclaration qu'il renferme un aveu de paternité, cet acte donne l'authenticité à la reconnaissance. Ainsi jugé le 3 sept. 1806 par la Cour de cassation, dans une espèce où il s'agissait d'un testament olographe fait sous l'empire de l'ancienne coutume de Paris, et où il ne paraît pas que l'acte du dépôt, effectué par le testateur lui-même, renfermât un aveu de paternité ou autre déclaration équivalente. V. Chabot, *Quest. trans.*, p. 445; Merlin, *Quest.*, v° *Test.* — Il est évident que si le testament olographe doit être considéré comme un acte sous seing privé, la reconnaissance d'enfant qui s'y trouve ne pourra devenir authentique que de la même manière que si elle se trouvait contenue dans tout autre acte sous seing privé. Or, la question a été controversée. Des auteurs ont prétendu qu'une reconnaissance d'enfant naturel, faite par testament olographe, devait être considérée comme faite par acte authentique. V. Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 7 et 8; Toullier, 2, n. 953. V. aussi l'arrêt précité du 3 sept. 1806. Mais l'opinion contraire a prévalu avec raison : c'est un acte sous seing privé qui, à certains égards, peut produire, comme testament, le même effet, et avoir la même force qu'un acte authentique; mais qui, assurément, ne peut constituer une reconnaissance par acte authentique dans le sens que l'art. 334, qui se réfère évidemment à l'art. 1317, attache à cette expression. Angers, 25 therm. an XIII; Limoges, 6 juill. 1832, S. V., 32, 2, 497; Cass., 7 mai 1833, S. V., 33, 1, 355; Nîmes, 2 mai 1837, S. V., 37, 2, 317; Chabot, *Success.*, sur l'art. 756; Loiseau, p. 465; Favard, v° *Reconn.*, sect. 1, § 3, art. 2, n. 6; Richefort, n. 255 et 256; Duranton, 3, n. 215; Demolombe, 5, n. 404. — On doit en dire autant d'une reconnaissance consignée dans un testament mystique : elle n'est pas authentique. Il n'y a d'authentique dans le testament mystique que l'acte de suscription. Le testament en lui-même est un acte sous seing privé, Valette sur Proudhon, 2, p. 149; Demolombe, 5, n. 405. — *Contrà*, Duranton, 3, n. 217; Loiseau, p. 466. V. *inf.*, note 21.]

enfant naturel, mais elle a ce sens plus large, que l'enfant ne peut faire dériver en sa faveur, d'une pareille reconnaissance, aucune espèce de droit, pas même le droit à des aliments [17]; ce qui toutefois n'empêche pas que l'on ne puisse valablement assurer des aliments à un enfant naturel, au moyen d'un acte sous seing privé, sans cependant le reconnaître [18].

Conformément aux principes qui s'appliquent aux actes authentiques en général, il faut que la reconnaissance d'un enfant naturel, pour être légalement valable, soit faite au moyen d'un acte reçu par un officier public compétent, c'est-à-dire ayant, aux ter-

[17] La plupart des auteurs refusent absolument à l'enfant reconnu par acte sous seing privé tout droit à des aliments, et cette opinion est logique: *recognitio partûs naturalis est individua.* V. Loiseau, p. 561 et s.; Chabot, sur l'art. 756, n. 43; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1; [Duranton, 1, n. 231; Toullier, 2, n. 976 et s.; Favard, § 1, n. 4; Rolland de Villargues, v° *Reconn. d'enf.*, n. 234; Bonnier, *Des preuves*, n. 445; Richefort, 2, n. 269; Valette sur Proudhon, 2, p. 178; Demolombe, 5, n. 224. V. aussi dans le même sens, Cass., 4 oct. 1812; Rouen, 18 fév. 1809; Pau, 18 juill. 1810; Limoges, 27 août 1811; Dijon, 24 mai 1817; Montpellier, 7 déc. 1843, S. V., 44, 2, 205; Bordeaux, 23 nov. 1852, S. V., 53, 2, 245.] D'autres auteurs considèrent, au contraire, une reconnaissance par acte sous seing privé comme valable, *ad obligationem alendi.* V. Proudhon, 2, p. 112; [Delvincourt, 1, p. 90, note 4. V. aussi Paris, 13 vent. an X, et 25 prair. an XIII, et Angers, 25 therm. an XIII.] Enfin, d'autres distinguent: si dans l'acte des aliments ont été formellement promis, ils les accordent aux enfants; si, au contraire, l'acte ne contient pas promesse d'aliments, ils les refusent. V. Duranton, 3, n. 228 et s.; [Grenoble, 29 août 1818; Montpellier, 7 déc. 1843, S. V., 44, 2, 205. Mais on doit, au contraire, décider que si la reconnaissance est nulle comme reconnaissance, elle ne peut valoir comme obligation de fournir des aliments, puisque cette obligation a pour cause la reconnaissance même qui, étant nulle, ne peut produire aucun effet. V. en ce sens, Paris, 22 juill. 1811; Bourges, 11 mai 1841, S. V., 42, 2, 128, et Demolombe, 5, n. 425.] Cependant si, dans un testament olographe, un legs a été fait par l'auteur de ce testament à son enfant naturel, ce legs doit être maintenu *tanquam legatum sub falsâ demonstratione relictum*, [parce que la fausse qualification du légataire et la fausse cause du legs n'ont aucune influence sur sa validité. Inst., tit. 20, *De legatis*, § 29 et 31; Rouen, 20 juin 1817]; Duranton, 3, 216; Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 20.] Il y a plus, la reconnaissance faite par le testament olographe étant complétement nulle, on ne pourrait en argumenter pour faire réduire le legs qui excéderait la part réservée par l'art. 757 à l'enfant naturel sur les biens de ses père et mère, Demolombe, 5, n. 429.]

[18] C'est-à-dire que la promesse ne peut être attaquée sous le prétexte qu'elle a été faite au profit d'un enfant naturel du débiteur. V. Paris, 31 janv. 1807; Cass., 10 mars 1808; Agen, 9 nov. 1823 et 24 fév. 1825; [Amiens, 7 juill. 1842, S. V., 45, 2, 220; Bourges, 3 août 1844, S. V., 45, 2, 600; Bordeaux, 5 août 1847 et 5 janv. 1848, S. V., 48, 2, 231 et 308; Duranton, 3, n. 229 et s.; Richefort, 2, n. 270. — *Contrà*, Demolombe, 5, n. 426; et nous nous réunissons à l'opinion de ce dernier auteur. Une promesse d'aliments par acte sous seing privé, considérée comme obligation, est nulle comme sans cause, soit qu'elle énonce, soit qu'elle n'énonce pas le fait de la paternité, parce que ce fait ne peut être prouvé et conséquemment servir de cause à une obligation que de la manière établie par l'art. 334; considérée comme donation, elle est également nulle, n'étant pas en forme authentique. — Toutefois, si cette promesse avait été exécutée, les sommes reçues à titre d'aliments ne seraient pas sujettes à répétition : il y aurait là une sorte de don manuel, une transmission de propriété par le fait accompli de la livraison des sommes ou valeurs, contre lesquels il ne serait pas possible de revenir. Paris, 3 août 1825; Demolombe, n. 427.]

mes de la loi, qualité pour recevoir des actes de cette espèce. Les officiers ayant qualité pour dresser des actes de reconnaissance sont :

1° L'officier de l'état civil, soit que la reconnaissance ait lieu par l'acte de naissance, soit qu'elle ait lieu par un autre acte [19], art. 62, 331. Cet acte doit être, comme tout autre acte, dressé par l'officier de l'état civil, inscrit sur les registres de l'état civil; et il doit aussi être fait mention de la reconnaissance en marge de l'acte de naissance, si les mêmes registres contiennent cet acte, à moins que l'enfant n'eût déjà été reconnu dans son acte de naissance [20], art. 62.

2° Les notaires [21].

Mais lorsque la reconnaissance a eu lieu devant l'officier de l'état civil, comme lorsqu'elle a eu lieu par-devant notaire, elle n'est valable qu'autant que l'acte est authentique dans sa forme [22].

[19] Duranton, 3, n. 212; Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 6; [Demolombe, 5, n. 394.] Si l'enfant est reconnu dans son acte de naissance, l'officier de l'état civil compétent pour la reconnaissance est celui qui doit recevoir l'acte. Si l'enfant n'est reconnu que postérieurement, la reconnaissance peut avoir lieu aussi bien devant l'officier de l'état civil du père que devant celui du fils. [Selon des auteurs, tout officier de l'état civil est compétent pour recevoir la reconnaissance, lors même qu'il ne serait pas l'officier de l'état civil du domicile des parties, Coin Delisle, sur l'art. 62; Huteau d'Origny, tit. 5, ch. 1, § 2, n. 4.] — La reconnaissance dans un acte de baptême est insuffisante, Paris, 22 avril 1833, S. V., 33, 2, 226; [Lyon, 31 déc. 1835, S. V., 36, 2, 194.]

[20] L'art. 62 ne s'applique pas à tout acte public par lequel un enfant est reconnu, mais seulement aux actes de reconnaissance reçus par l'officier de l'état civil, [Demolombe, 5, n. 397. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 334.] L'inscription en marge de l'acte de naissance n'est pas prescrite à peine de nullité, Delvincourt, sur l'art. 62.

[21] Duranton, 3, n. 212; Merlin, *Rép.*, *loc. cit.*; [Demolombe, 5, n. 395.] Un enfant naturel peut donc être reconnu par un testament authentique. Le même résultat devrait encore être obtenu par un testament mystique, quoique (V. Dalloz, v° *Filiation*, ch. 3, sect. 2, art. 2, § 2), d'après le droit strict, le principe puisse être contesté, Loiseau, p. 466; Duranton, 3, n. 217. [V. *sup.*, note 16.] La reconnaissance, bien qu'authentique et reçue par un notaire, peut être tenue secrète, Toullier, 2, 926. [V. la note qui précède.] — L'enfant reconnu par un testament authentique peut-il, du vivant de son père, invoquer ce testament? peut-il se prévaloir de cette reconnaissance quand le testament a été révoqué? [V. *sup.*, dans ce paragraphe.]

[22] Il a été jugé qu'une reconnaissance faite devant l'officier de l'état civil est valable, quoique écrite sur une feuille volante et non transcrite sur les registres, Metz, 19 août 1824. — [*Contrà*, Richefort, 2, n. 247. V. *sup.*, § 78, note 2, et § 81, note 7.]— La reconnaissance d'un enfant faite par acte authentique n'est pas nulle par défaut d'enregistrement de l'acte dans les délais, [Richefort, 2, n. 243; Bruxelles, 12 janv. 1808, et Cass., 16 déc. 1811. Il est de règle en effet que le défaut d'enregistrement dans les délais d'un acte authentique ne le fait pas dégénérer en acte sous seing privé. V. *inf.*, le titre des *Obligations*. — Une reconnaissance reçue par un notaire serait nulle, si le notaire l'avait délivrée en brevet, c'est-à-dire n'en avait pas gardé minute, L. 25 vent. an XI, art. 20 et 68. En effet, l'art. 20 ne dispense les notaires de garder minute des actes qu'ils reçoivent que pour certains actes énumérés dans cet article, ou qui, d'après les lois, peuvent être délivrés en brevet, et parmi lesquels ne se trouvent point les actes de reconnaissance, Valette sur Proudhon, 2, p. 148; Demolombe, 5, n. 396.]

Dans les deux cas, il faut, pour que la reconnaissance du père soit valable, que celui-ci ait assisté en personne à la rédaction de l'acte[23], ou qu'il s'y soit fait représenter par un fondé de pouvoirs, porteur d'une procuration par acte authentique[24], art. 36 et arg. art. 334.

3° Le juge de paix, dans tous les cas, selon l'opinion qui a cours dans la pratique[25]; mais, selon d'autres, seulement dans le cas où les parties sont en conciliation devant lui[26], art. 54.

4° Les tribunaux en général, y compris les justices de paix, mais seulement en ce sens que si, dans le cours des débats d'un procès, une partie reconnaît un enfant naturel, le tribunal est tenu de donner acte de cette reconnaissance, sur la demande de la partie adverse, et qu'alors cette reconnaissance, certifiée par le tribunal, équivaut à une reconnaissance formelle[27].

Il faut au surplus, dans tous les cas, pour que la reconnaissance soit obligatoire, qu'elle résulte clairement de l'acte[28]. Mais il n'est pas nécessaire que la déclaration en soit faite dans un acte spécia-

[23] [Jugé que la déclaration insérée par l'officier de l'état civil dans l'acte de naissance, que le père lui a fait par écrit l'aveu de sa paternité, ne constitue pas une reconnaissance valable, lorsque l'acte ne mentionne pas que l'écrit y ait été annexé, et que d'ailleurs cet écrit n'est pas représenté, Cass., 11 août 1808. Nous n'admettrions même pas le tempérament introduit par cet arrêt : la reconnaissance doit être authentique; or, quand elle est faite par lettre, même annexée à un acte authentique qui en reproduit la déclaration, c'est en définitive dans la lettre qu'elle se trouve, et dès lors elle est faite par acte sous seing privé. V. la note suiv.]

[24] Ainsi un pouvoir donné par acte sous seing privé n'est pas suffisant, Duranton, 3, n. 222; Merlin, *loc. cit.*, n. 13. [Soit que la reconnaissance ait eu lieu devant l'officier de l'état civil, Riom, 26 fév. 1817; Paris, 2 janv. 1819; soit qu'elle ait lieu par-devant notaire, L. du 21 juin 1843, art. 2. Mais une procuration en brevet serait suffisante, L. 25 vent. an XI, art. 20; Paris, 1er fév. 1812.] Est également insuffisante une lettre écrite par le père à l'officier de l'état civil, lors même que celui-ci joindrait la lettre à l'acte, Delvincourt, 1, 236. [V. la note qui précède.]

[25] Loiseau, p. 468; Duranton, 3, n. 212; [Richefort, 2, n. 244; Grenoble, 14 vent. an XII. — *Contrà*, Demolombe, 5, n. 400, qui pense avec raison qu'aucun texte n'accorde au juge de paix le droit de recevoir des déclarations de cette nature en dehors de l'exercice de ses fonctions judiciaires. En entrant dans cette voie, il n'y a pas de raison pour qu'on s'arrête; aussi a-t-on validé la reconnaissance reçue par un greffier de justice de paix, hors la présence et sans le concours du juge, Amiens, 2 août 1821, et Cass., 15 juin 1824; Duranton, 3, n. 212; Richefort, 2, n. 245; solution qui nous paraît tout à fait inadmissible, et qui donne aux greffiers des juges de paix des attributions sans aucun rapport avec leurs fonctions, Demolombe, 5, n. 401.]

[26] Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 6; [Grenoble, 15 therm. an XIII; Pau, 25 prair. an XIII.]

[27] Merlin, *loc. cit.*; Colmar, 24 mars 1813. [V. *sup.*, dans ce paragraphe. — La reconnaissance faite devant un tribunal de commerce ne serait pas valable, parce qu'il est absolument incompétent pour connaître des questions d'état, Loiseau, p. 460; Richefort, 2, n. 253.]

[28] [Ainsi il a été jugé que celui qui, assistant à l'acte de naissance d'un enfant naturel, permet que l'officier de l'état civil donne à l'enfant son nom patronymique et l'un de ses prénoms, n'est pas censé, par cela seul, reconnaître la paternité, encore qu'il appose sa signature au bas de l'acte de naissance, Poitiers, 28 août 1810.]

lement destiné à opérer la reconnaissance de l'enfant [29], ni qu'elle ait été faite expressément [30], ou avec intention [31].

Tout ce qui a été dit ici de la nécessité d'un acte authentique, pour opérer la reconnaissance d'un enfant naturel, ne s'applique toutefois, dans toute sa rigueur, qu'à la reconnaissance du père, contre lequel la recherche de la paternité et, par suite, l'action en reconnaissance d'enfant sont interdites. Mais comme la recherche de la maternité n'est pas interdite, on peut, pour prouver qu'un enfant est né de telle ou telle mère, recourir à d'autres moyens de preuve qu'à des actes authentiques. V. art. 341. Cependant ce que nous avons dit peut également s'appliquer à la mère qui reconnaît son enfant naturel, en ce sens que, si elle n'a pas reconnu l'enfant au moyen d'un acte authentique, ce n'est point aux principes concernant la reconnaissance volontaire d'un enfant naturel, mais seulement aux principes concernant la reconnaissance forcée, c'est-à-dire la recherche de la maternité, qu'il faut se rattacher. Ainsi, lorsque la mère n'a reconnu l'enfant que par un acte sous seing privé, la force probante de cet acte doit être appréciée comme celle de tout autre acte sous seing privé; cet acte ne fournit pas par lui seul une preuve suffisante de la maternité, tant que, par exemple, l'accouchement de la mère n'est pas également prouvé; et cette reconnaissance n'est point irrévocable comme telle [32], bien qu'elle puisse l'être pour d'autres raisons. V. § 170.

La reconnaissance d'un enfant naturel, faite dans un acte au-

[29] V. art. 331; Duranton, 3, n. 213 et s. [Ainsi la reconnaissance peut résulter des réponses faites dans un interrogatoire sur faits et articles, ou dans une enquête, Demolombe, 5, n. 398.]

[30] [Ainsi celui qui, assistant à l'acte de naissance d'un enfant naturel, permet que l'officier de l'état civil le désigne comme père de l'enfant, reconnaît la paternité, par cela seul qu'il appose sa signature au bas de l'acte de naissance, Bruxelles, 4 juill. 1811. C'est ainsi, après tout, que se font la plupart des reconnaissances quand elles ont lieu dans l'acte de naissance. — Il a encore été jugé que la reconnaissance d'un enfant peut résulter du contrat de mariage dans lequel celui-ci a pris la qualité de fils d'un individu qui a signé et approuvé le contrat, Riom, 9 juill. 1809.]

[31] *Sufficiunt verba enunciativa. Non opus est verbis dispositivis*, art. 1320, Duranton, 2, n. 213 et s. [Il y a reconnaissance de la part de celui qui signe l'acte de naissance d'un enfant en prenant la qualité de père, encore que dans l'acte cette qualité de père ne lui soit pas attribuée, Colmar, 24 mars 1813. — La reconnaissance d'un enfant peut aussi résulter de la qualification qui lui est donnée dans une procuration, Agen, 16 avril 1822. — V. au surplus les nombreuses espèces indiquées dans la *Table gén.* de Devilleneuve, v° *Enfant naturel*, n. 42 et s., et dans le *Code annoté* de Gilbert, sur l'art. 334, n. 38 et s.]

[32] La disposition de l'art. 334 est générale; elle ne distingue pas entre le père et la mère, en déclarant qu'un enfant ne peut être reconnu que par un acte public. — Mais d'après l'art. 341 la maternité peut aussi être prouvée par témoins si l'enfant a un commencement de preuve par écrit. La conciliation de ces deux articles se trouve dans les explications données ci-dessus dans le texte de ce paragraphe. [V. aussi sup., note 3.]

thentique, ne peut être révoquée à volonté, mais seulement être rétractée pour une cause légitime [33], par exemple, comme ayant été obtenue par violence ou par dol. Quelques auteurs étendent même cette règle à la reconnaissance faite par testament [34], bien que cette reconnaissance ne puisse néanmoins produire son effet qu'à la mort de la personne de laquelle elle émane [35].

La reconnaissance d'un enfant naturel produit son effet tant à l'égard de l'enfant qu'à l'égard des tiers, par exemple, contre les héritiers du père ou de la mère. Cependant cette règle souffre une exception, dans le cas où une personne mariée, homme ou femme, reconnait, pendant le mariage [36], un enfant naturel qu'elle a eu, avant le mariage, d'une personne autre que son conjoint actuel: cette reconnaissance ne produit d'effet ni contre le conjoint ni contre les enfants issus de ce mariage ou leurs descendants [37], quoiqu'elle conserve, sous tous les autres rapports, les divers effets qui dérivent ordinairement d'une reconnaissance [38]. L'enfant

[33] Duranton, 3, n. 219; [Demolombe, 5, n. 454]; Pau, 5 prair. an XIII; Toulouse, 24 juill. 1810; Cass., 27 août 1811. [V. *sup.*, note 4.]

[34] [Chabot, *Quest. trans.*, v° *Enf. nat.*, § 10; Duranton, 3, n. 219; Rolland de Villargues, v° *Reconnaiss. d'enf.*, n. 55; Magnin, *Minorités*, 1, n. 223; Bastia, 5 juill. 1826 et 17 août 1829.— *Contrà*, Loiseau, p. 468; Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*, n. 7, et v° *Maternité*, n. 7; Richefort, 2, n. 258; Demolombe, 5, n. 455. C'est cette dernière opinion qui, selon nous, doit être suivie. Un testament est un acte essentiellement révocable; c'est un acte de dernière volonté, c'est-à-dire qu'il est subordonné à la condition que la volonté qui y est manifestée persistera et sera la même jusqu'au décès du testateur. Il n'y a aucune distinction à faire à cet égard entre les dispositions diverses d'un testament: par cela seul qu'elles se trouvent dans un testament, il y a intention manifeste de la part du testateur de ne leur donner qu'un caractère provisoire et conditionnel. Et on peut dire, relativement à une reconnaissance en particulier, que le testateur en la consignant dans un testament, au lieu de la faire en toute autre forme authentique, a manifesté par là l'intention de se réserver le temps de la réflexion, et de revenir sur la déclaration d'un fait qui peut lui sembler vrai aujourd'hui, mais dont il peut être moins sûr demain.]

[35] Duranton, 2, n. 219; [Amiens, 9 fév. 1826. Nouvelle preuve que, même pour les partisans de l'opinion contraire à celle que nous avons adoptée dans la note qui précède, la reconnaissance par testament est une disposition testamentaire et de dernière volonté, d'où il eût été logique de conclure que la reconnaissance testamentaire peut être révoquée comme le testament lui-même.]

[36] L'art. 337 ne s'applique pas au cas où une reconnaissance antérieure est seulement rectifiée ou confirmée pendant le mariage, Cass., 24 nov. 1830; [Richefort, 2, n. 280; Demolombe, 5, n. 464. — On ne pourrait assimiler à une reconnaissance faite pendant le mariage une reconnaissance antérieure, mais qui aurait été tenue cachée jusqu'au mariage, Demolombe, 5, n. 463.]

[37] Loiseau, p. 438.

[38] La reconnaissance n'est que relativement inefficace. L'efficacité de cette reconnaissance n'est donc complétement suspendue que pendant l'existence du mariage ou tant qu'il y a des enfants qui en sont issus. Ainsi, par exemple, la reconnaissance produit assurément son effet contre les enfants issus d'un précédent mariage. De même, lorsqu'à la dissolution du mariage il existe des enfants de ce mariage, mais que ceux-ci meurent dans la suite, du vivant du conjoint qui a reconnu l'enfant naturel, la reconnaissance produit complétement son effet à partir de ce moment, Loiseau, p. 436; Chabot, sur l'art. 757; Duranton, 3, n. 251, 280; [Demolombe, 5, n. 469 et s.; Marcadé, sur l'art. 337.]

ainsi reconnu ne saurait donc prétendre à un droit de succession [39], au préjudice du conjoint de celui qui l'a reconnu, art. 337. Mais cette exception cesse, et il faut s'en tenir à la règle, lorsque les conjoints reconnaissent ensemble, pendant le mariage, un enfant auquel ils ont donné le jour avant le mariage, ou lorsque l'un des époux reconnaît, pendant le mariage [40], un enfant qu'il a eu, dès avant son mariage, de l'autre époux, et qui a déjà été reconnu par celui-ci [41]; ou lorsqu'un veuf ou une veuve reconnaît un enfant né avant son mariage, lors même qu'il y aurait des enfants vivants issus de ce mariage [42].

L'article 337 ne paraît pas applicable au cas d'une reconnaissance forcée [43].

§ 168. *Du droit d'attaquer la reconnaissance d'un enfant naturel.*

La reconnaissance d'un enfant naturel peut être attaquée tant par le père ou la mère qui a reconnu l'enfant [1], que par l'enfant

[39] Ainsi l'enfant ne peut faire réduire les donations qu'un époux a faites à son conjoint, bien que lors de la dissolution du mariage il n'existe point d'enfant de ce mariage, Loiseau, p. 434; Delvincourt, sur l'art. 337. — Mais l'enfant peut toujours réclamer des aliments en tant seulement que, selon les circonstances, l'obligation de les fournir ne préjudicie point aux droits de l'autre conjoint. V. Loiseau, p. 434; Duranton, 3, n. 252; Chabot, sur l'art. 756, n. 42; Favard, v° *Enfant naturel*, § 1, n. 1; [Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 2, n. 6 et 10; Toullier, 2, n. 957; Marcadé, sur l'art. 337. V. Demolombe, n. 472]; Paris, 13 juin 1809; Rennes, 22 mars 1810; Cass., 27 août 1811; Agen, 13 mars 1817.

[40] Maleville et Locré, sur l'art. 337; Pigeau, 2, p. 637; Loiseau, p. 435; Duranton, 3, n. 248; [Marcadé, sur l'art. 337; Demolombe, 5, n. 467.]

[41] [Peu importe à quelle époque, soit avant, soit depuis le mariage, Marcadé, sur l'art. 337; Demolombe, 5, n. 468.]

[42] Locré, sur l'art. 337; Proudhon, 2, p. 102; Loiseau, p. 440; Chabot, sur l'art. 756, n. 6; Toullier, 2, n. 759; Duranton, 3, n. 254; 7, n. 279; [Marcadé, sur l'art. 337; Demolombe, 5, n. 461]; Pau, 5 prair. an XIII; Cass., 6 janv. 1808. — Delvincourt, sur l'art. 337, est d'une opinion contraire. [Mais cette opinion ne doit pas être suivie; dans son texte, comme dans son esprit, l'art. 337 ne s'applique qu'à la reconnaissance faite pendant le mariage.]

[43] Le Tribunat avait fait dans le projet une addition à l'art. 341, d'après laquelle l'action en recherche de la maternité ne pouvait être formée contre une femme mariée; mais cette addition n'a pas été introduite dans l'article, d'où il faut conclure que la mère d'un enfant naturel peut être actionnée en reconnaissance de maternité même après s'être mariée et pendant que le mariage subsiste. Cette conséquence résulte du silence de la loi, Favard, v° *Reconnaiss. d'enfant nat.*, sect. 2, § 1, art. 2, n. 4. [Il n'y a aucun doute possible à cet égard : on peut, pendant le mariage, obtenir une déclaration judiciaire de maternité, et même une déclaration judiciaire de paternité dans tous les cas où une action en réclamation d'état est permise. Mais quels seront les effets de cette reconnaissance forcée ? Selon Toullier, 2, n. 958; *Duranton*, 3, n. 255, l'art. 337 n'est pas applicable à cette hypothèse, de telle sorte que la reconnaissance forcée devrait produire tous ses effets comme si elle n'avait pas eu lieu pendant le mariage. Mais Loiseau, p. 437; Favard, v° *Reconn. d'enf.*, sect. 2, § 2, n. 2; Richefort, 2, n. 281; Marcadé, sur l'art. 337; Demolombe, 5, n. 466, sont d'une opinion contraire, qu'ils fondent, avec raison, selon nous, sur ce qu'une reconnaissance forcée ne peut avoir plus d'effet qu'une reconnaissance volontaire.]

[1] [Il faut distinguer : l'auteur de la re-

lui-même[2], ainsi que par toute personne tierce[3] ayant à cet égard un intérêt juridique déjà né[4], lorsqu'elle manque d'une des conditions déterminantes de sa validité légale[5]. La reconnaissance d'un enfant naturel peut donc être attaquée par les personnes ci-dessus indiquées, lorsqu'elle est défectueuse, soit quant à sa forme extérieure; soit quant à la capacité légale, absolue ou relative, de celui qui a reconnu l'enfant; soit pour cause d'erreur, de dol ou de violence[6], comme toute déclaration de volonté.

§ 169. *De la reconnaissance forcée des enfants naturels. — De la recherche de la paternité.*

La recherche de la paternité[1], c'est-à-dire l'action par laquelle

connaissance peut, sans contredit, l'attaquer comme entachée de dol, d'erreur, de violence, V. *sup.*, § 166, note 33; Paris, 14 déc. 1833, S. V., 34, 2, 6; il peut également l'attaquer comme nulle en la forme ou pour incompétence de l'officier public qui l'a reçue. Mais celui qui a volontairement et sciemment reconnu un enfant qui n'était pas le sien ne peut attaquer la reconnaissance comme mensongère et demander à prouver qu'il n'y a aucun lien de paternité et de filiation entre lui et l'enfant qu'il a reconnu; ce serait là une révocation de la reconnaissance. V. *loc. cit.*, *sup.*; Cass., 13 et 18 avril 1820; Bordeaux, 20 mars 1830, et Cass., 27 déc. 1831, S. V., 32, 1, 617; Demolombe, 5, n. 437.]

[2] [Nîmes, 2 mai 1837, S. V., 37, 2, 347; Cass., 22 janv. 1840, S. V., 40, 1, 118; Loiseau, p. 516; Proudhon, 2, p. 119; Toullier, 2, n. 964; Duranton, 3, n. 260; Richefort, 2, n. 300; Marcadé, sur l'art. 339; Demolombe, 5, n. 438. Et l'enfant peut être admis à contester par toutes sortes de moyens et de preuves la reconnaissance dont il ne veut pas, Rouen, 15 mars 1826; Paris, 21 déc. 1839, S. V., 40, 2, 448; Richefort, 2, n. 299, Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, 5, n. 439.]

[3] [Ainsi l'homme ou la femme qui ont reconnu un enfant naturel peuvent attaquer, celui-là la reconnaissance de la femme qui prétend en être la mère; celle-ci la reconnaissance de l'homme qui prétend en être le père. Ainsi encore, quand un enfant a été reconnu par plusieurs hommes ou plusieurs femmes, la reconnaissance des uns peut être attaquée par les autres, Cass., 10 fév. 1847, S. V., 47, 1, 81; Marcadé, sur l'art. 339; Demolombe, 5, n. 442 et s. Et l'on comprend que dans ce cas encore les juges peuvent admettre et consulter toutes sortes de preuves.]

[4] Loiseau, p. 501 et s.; Proudhon, 2, p. 103; Toullier, 2, n. 966 et s. Il est toujours nécessaire que celui qui veut attaquer la reconnaissance ait un intérêt né et actuel. [Cet intérêt peut être moral ou pécuniaire: moral, quand la reconnaissance est attaquée par l'enfant, par l'auteur de la reconnaissance, ou par celui qui, ayant reconnu ou voulant reconnaître l'enfant, conteste la reconnaissance faite par un autre, bien que ces personnes puissent aussi avoir en même temps un intérêt pécuniaire; pécuniaire seulement, quand la reconnaissance est attaquée par les héritiers, donataires ou légataires de l'auteur de la reconnaissance.] Les héritiers donataires ou légataires ne peuvent agir qu'après le décès de celui qui a reconnu, Delvincourt, sur l'art. 339. V. art. 187.

[5] [Voir les notes qui précèdent.]

[6] V. *sup.*, note 1.

[1] [Il n'y a pas recherche de paternité, lorsque les juges ne font que déclarer que la paternité est constatée par actes publics, Cass., 13 juill. 1826. — Mais si l'identité de celui qui a reconnu un enfant naturel dans un acte de naissance est contestée, et si les juges ne trouvent pas dans cet acte de naissance même la preuve de cette identité, ils ne peuvent autoriser l'enfant à en faire preuve tant par titres que par témoins; ce serait là permettre une recherche de paternité interdite par l'art. 340, Cass., 18 juin 1851, S. V., 51, 1, 371: ce qui du reste ne s'oppose pas à ce qu'on puisse être admis à prouver l'identité de l'enfant reconnu, Bastia, 17 août 1829.]

un enfant naturel prétendrait revendiquer pour père telle ou telle personne, est interdite[2]; et il est interdit également d'invoquer contre l'enfant et de chercher à prouver contre lui[3] une filiation qui le rattacherait à tel ou tel père. Ainsi la recherche de la paternité n'est admise ni au profit de l'enfant, ni à son préjudice, art. 340, § 1.

Ce principe souffre exception dans le cas d'enlèvement de la mère, ou lorsqu'elle a été déterminée par la séduction à quitter la maison paternelle[4], et que l'époque de l'enlèvement ou de l'absence de la maison paternelle coïncide avec celle de la conception[5]. Dans ce cas, le ravisseur ou le séducteur peut être, suivant les circonstances, déclaré père de l'enfant, art. 340, § 2. V. Pén., art. 354.

Cette exception à la règle paraît devoir s'appliquer au cas où la mère de l'enfant a été violée, lorsque l'époque du viol coïncide avec celle de la conception[6]. V. cep. art. 342, et *inf.*, § 172.

[2] Et cela, lors même que l'action n'aurait pour but que des aliments au profit de l'enfant, Cass., 3 vent. an X; 26 mars 1806; [19 vend. an VII; Bastia, 3 fév. 1834; S. V., 34, 2, 355; Demolombe, 5, n. 485 *bis*.]

[3] Toullier, 2, n. 939; Merlin, *Quest.*, v° *Maternité;* Grenier, des *Don.*, 1, n. 230; [Duranton, 3, n. 107 et 233; Richefort, 2, n. 310; Bonnier, n. 142; Marcadé, sur l'art. 340; Demolombe, n. 485 *bis*]; Paris, 6 juin 1809; Cass., 14 mai 1810, 14 mai 1811, 17 déc. 1816 et 1er avril 1818; Toulouse, 15 avril 1834, S. V., 35, 2, 348. — Des héritiers ne peuvent donc attaquer le legs fait par leur auteur, en demandant à prouver que le légataire est l'enfant naturel du testateur, et qu'ainsi ce legs a été fait au mépris de la disposition de l'art. 908. L'art. 340 dit en termes généraux que la recherche de la paternité est interdite. Delvincourt, sur l'art. 340, est d'une autre opinion, et prétend que la recherche de la paternité est admissible contre l'enfant. [Mais cet auteur a oublié que la recherche de paternité est interdite, non par défaveur pour l'enfant, mais dans l'intérêt de l'ordre et de la morale, qui seraient également offensés par le scandale d'une recherche dirigée pour ou contre l'enfant. — Sur le cas où une filiation naturelle non avouée est proposée comme empêchement de mariage, V. *sup.*, § 126, note 8.]

[4] L'art. 340 se sert des mots génériques *enlèvement* et *ravisseur*, qui doivent s'entendre aussi bien du *rapt de séduction* que du *rapt de violence*, comme on disait dans l'ancien droit. Il y a dans l'un et l'autre cas même raison et même justice, Paris, 28 juill. 1821; [Richefort, 2, n. 305; Marcadé, sur l'art. 340; Demolombe, 5, n. 488 et s. — Peu importe même l'âge de la femme, qu'elle soit majeure ou mineure : seulement il est évident que, d'après l'âge de la femme, les tribunaux auront à apprécier les conséquences possibles de l'enlèvement, et notamment les probabilités de séquestration qui, au cas d'enlèvement, peuvent servir de base à la présomption de paternité. V. Demolombe, *loc. cit.*]

[5] V. l'art. 312 qui, par analogie, est aussi applicable à ce cas, [Toullier, 2, n. 941; Demolombe, 5, n. 493; Marcadé, sur l'art. 340 et 343. C'est-à-dire qu'il y aura coïncidence quand la naissance n'aura pas eu lieu moins de six mois, ni plus de dix mois après l'enlèvement. Toutefois il faut bien remarquer qu'il n'est pas nécessaire, pour que la paternité puisse être déclarée, qu'il y ait coïncidence entre le moment précis de l'enlèvement et l'époque présumée de la conception : il suffit qu'à l'époque présumée de la conception la fille séduite et son ravisseur n'aient pas cessé d'être dans les mêmes rapports où ils se trouvaient au moment de l'enlèvement, Paris, 28 juill. 1821.]

[6] Discussion et Locré, sur l'art. 340; Loiseau, p. 418; Toullier, 2, n. 941; [Richefort, 2, n. 304 et 306; Marcadé, sur l'art. 340; Demolombe, 5, n. 491. Il y a même ici un *à fortiori*; si l'enlè-

Une autre exception paraît devoir également être admise dans le cas de l'art. 46, c'est-à-dire lorsque la reconnaissance a eu lieu dans l'acte de naissance et que les registres de l'état civil ont été perdus[7].

Du principe posé dans l'art. 340, § 1, il faut conclure aussi qu'une femme séduite, les cas d'enlèvement ou de viol exceptés[8], n'est pas fondée à réclamer en justice, de son séducteur, une dot, un dédommagement ou une indemnité quelconque[9].

§ 170. *Suite. — De la recherche de la maternité.*

La recherche de la maternité est permise, art. 341, § 1. V. cependant art. 342, et *inf.*, § 172. Le fait de la naissance d'un enfant naturel de telle ou telle mère peut donc être recherché tant par l'enfant que contre lui[1].

L'enfant qui dirige l'action en recherche de maternité contre une femme déterminée doit prouver que cette femme est accouchée, et qu'il est identiquement le même que l'enfant dont elle est accouchée. Il n'est admis à prouver par témoins l'une ou l'autre de ces assertions qu'autant qu'il peut produire un commencement de preuve par écrit, à l'appui de l'une ou de l'autre[2]. Quant au

vement rend la paternité présumable, c'est qu'il rend présumables des rapports que le viol prouve.]

[7] *Contrà*, Cass., 13 mars 1827. [Cet arrêt est conforme aux principes. L'art. 46 n'a pas pour but de permettre la preuve d'une filiation et d'une paternité contestées, mais seulement celle du fait de la naissance à une certaine date, quand d'ailleurs il n'y a pas de contestation sur la filiation de l'enfant. V. *sup.*, § 78.]

[8] Mais cette exception ne serait pas admise dans le cas de l'art. 342, Duranton, 3, 235; Discussion et observations du Tribunat sur l'art. 340.

[9] Loiseau, p. 398, 407; [Demolombe, 5, n. 485 *bis*]; Cass., 10 mars 1808.

[1] [Merlin, *Rép.*, v° *Maternité*, n. 5; Chardon, *Dol et Fraude*, 3, n. 392; Richefort, 2, n. 336; Valette sur Proudhon, 2, p. 140; Pont, *Rev. de législ.*, 19, p. 154; Cass., 12 juin 1823 et 7 avril 1830. — *Contrà*, Duranton, 3, n. 242; Marcadé, sur l'art. 341; Demolombe, 5, n. 527; Amiens, 26 juill. 1821; Paris, 16 déc. 1833, S. V., 34, 2, 184; Amiens, 25 janv. 1838, S. V., 38, 2, 457; Cass., 20 nov. 1843, S. V., 43, 1, 849; Colmar, 4 mai 1844, S. V., 44, 2, 203; Cass., 3 fév. 1851, S. V., 51, 1, 225. Cette dernière opinion est aussi la nôtre. La loi ne brave le scandale d'un procès en recherche de maternité que dans l'intérêt de l'enfant : c'est ce qui résulte des termes mêmes des art. 341 et 342. Et de ce qu'elle a ouvert à l'enfant l'action en recherche de maternité, dans un intérêt assurément plus élevé qu'un simple intérêt pécuniaire, on ne peut en conclure qu'elle l'a ouverte, contre l'enfant, aux tiers dont un intérêt pécuniaire serait le seul mobile.]

[2] Cette interprétation paraît être le véritable sens de l'art. 341. Pour l'accouchement comme pour l'identité, il faut produire une preuve par écrit ou un commencement de preuve par écrit, Duranton, 3, n. 240; Merlin, *loc. cit.*; [Marcadé, sur l'art. 341; Demolombe, 5, n. 397 et s. —D'autres pensent, au contraire, que la preuve de l'accouchement doit toujours se faire par écrit et être préalable à la preuve de l'identité, Toullier, 2, n. 942; Amiens, 26 juill. 1821. D'autres, que la preuve de l'accouchement peut être admise sans un commencement de preuve par écrit, Delvincourt, sur l'art. 341. Mais on doit rejeter ces deux opinions extrêmes pour s'en tenir à celle qui met la preuve des deux faits sur la même ligne, et qui décide qu'il n'y a aucun

point de savoir au moyen de quels actes l'une ou l'autre assertion peut être prouvée, quels actes constituent un commencement de preuve par écrit, ce sont là des questions qui doivent être décidées suivant les règles concernant la preuve en général, eu égard d'ailleurs à la nature de chaque cas particulier[3], art. 341, § 2 et 3.

ordre nécessaire dans la preuve des divers éléments d'un fait complexe, à savoir que l'enfant qui réclame est identiquement le même que celui dont la femme est accouchée. — Du reste, le commencement de preuve par écrit est toujours nécessaire, lors même que l'enfant prétendrait avoir la possession d'état; en d'autres termes, il ne pourrait être admis à la preuve de la possession d'état qu'avec un commencement de preuve par écrit. C'est en ce sens seulement, et comme élément de preuve de son identité avec l'enfant dont il y aurait preuve que la femme est accouchée, que la possession d'état peut être invoquée par un enfant naturel, à la différence de l'enfant légitime pour lequel, en l'absence de titre, elle fait preuve complète et suffisante, qui est admis à la prouver sans avoir besoin d'un commencement de preuve par écrit et pour lequel, jointe à l'acte de naissance, elle forme un titre incontestable, Cass., 13 mars 1827; Bourges, 2 mai 1837, S. V., 38, 2, 5; Cass., 4 janv. 1839, S. V., 39, 2, 389; Nancy, 9 mai 1850, S. V., 51, 1, 225; Cass., 17 fév. 1851, S. V., 51, 1, 161; Douai, 6 juin 1851, S. V., 51, 2, 753; Toullier, 2, n. 970 et s.; Loiseau, p. 474, 525 et s.; Marcadé, sur l'art. 340. Toutefois, des arrêts et des auteurs accordent à la possession d'état, en matière de filiation naturelle, la même force et la même autorité qu'en matière de filiation légitime, oubliant, selon nous, la ligne de démarcation qui sépare les deux ordres d'idées très-différents des art. 320 et 322 faits pour la filiation légitime, et de l'art. 341 fait pour la filiation naturelle. V. Paris, 27 juin 1812; Rouen, 20 mars 1829; Bastia, 1er déc. 1834, S. V., 35, 2, 524; Lyon, 31 déc. 1835, S. V., 36, 2, 194; Rouen, 19 déc. 1844, S. V., 45, 2, 133; Paris, 10 mai 1851, S. V., 51, 1, 225; Proudhon et Valette, 2, p. 144 et 150; Locré, 4, p. 521; Delvincourt, 1, p. 389; Duranton, 3, n. 238; Richefort, 2, n. 337 *bis*; Bonnier, n. 144; Demolombe, 5, n. 511. V. aussi sur la question, Cass., 7 janv. 1852, S. V., 52, 1, 12; et Paris, 26 fév. 1852, S. V., 52, 2, 525.]—L'art. 323, § 2, est-il applicable à la preuve de la maternité? [En d'autres termes, la preuve de la maternité est-elle admissible, sans commencement de preuve par écrit, lorsqu'il y a des présomptions et indices graves résultant de faits constants?] Cette question dépend de celle de savoir si les art. 319 et s., relatifs à la preuve de la filiation des enfants légitimes, sont applicables à la preuve de la maternité naturelle. L'affirmative, au point de vue de l'intérêt des enfants naturels, semble mériter la préférence. [Nous croyons au contraire qu'ici, comme pour la possession d'état, la filiation naturelle est régie par d'autres règles que la filiation légitime; et que d'ailleurs l'art. 341 exigeant un commencement de preuve par écrit, on ne peut, sans méconnaître la volonté de cette disposition, se contenter de présomptions ou d'indices, Toulouse, 13 juill. 1846, S. V., 48, 2, 116; Toullier, 2, n. 944; Demolombe, 5, n. 502.]

[3] Quelle est la force probante d'un acte privé dans lequel la mère a reconnu l'enfant? V. *sup.*, § 167, les notes 3 et 42. — Quelle est la force probante de l'acte de naissance dans lequel l'enfant a été désigné comme né de telle femme non mariée, sans que celle-ci fût présente? [Cet acte peut-il servir de commencement de preuve par écrit? La négative est certaine, soit qu'on se reporte à l'art. 1347, soit qu'on se reporte à l'art. 324, puisque, dans ce cas, l'acte de naissance n'émane ni de la mère, ni d'une partie engagée dans la contestation, Cass., 28 mai 1810; Bourges, 2 mai 1837, S. V., 38, 2, 5; Pau, 29 juill. 1844, S. V., 45, 2, 193; Bordeaux, 19 fév. 1846, S. V., 46, 2, 294; Toulouse, 13 juill. 1846, S. V., 48, 2, 116; Lyon, 3 août 1851, S. V., 52, 2, 101; Merlin, *Quest.*, v° *Maternité*; Toullier, 2, n. 948; Duranton, 3, n. 237; Richefort, 2, n. 330; Marcadé, sur l'art. 341; Demolombe, 5, n. 508. Cependant des arrêts ont jugé, les uns que cet acte de naissance faisait preuve complète de l'accouchement et de la filiation, quand il se trouvait réuni à une possession d'état conforme, Limoges, 4 avril 1848, S. V., 48, 2, 375; Paris,

Du reste, ce qui vient d'être dit de la preuve, par rapport à la recherche de la maternité, s'applique également au cas où la naissance de l'enfant de telle ou telle mère est recherchée contre lui [4].

Le droit de rechercher la maternité, de même que celui de rechercher la paternité dans les cas de l'article 340, se transmet aux héritiers de l'enfant naturel [5]. Mais, d'un autre côté, les descendants légitimes de la mère ne peuvent se prévaloir du droit que l'article 766 leur accorde sur la succession de l'enfant naturel de leur mère, qu'à la condition que leur mère ait de son vivant reconnu cet enfant [6].

§ 171. *Des droits respectifs des enfants naturels reconnus et de leurs père et mère.—De l'état civil des enfants naturels reconnus.*

Le Code civil n'établit nulle part de règle générale au sujet des devoirs et des droits des père et mère des enfants naturels reconnus. Il ne contient que quelques dispositions particulières attribuant ou refusant certains droits à ces enfants ou à leurs père et mère. V. art. 158, 338, 383, 756. Aussi les commentateurs du Code sont-ils partagés d'avis, non-seulement sur tel ou tel droit particulier des père et mère ou des enfants, mais même sur le principe qui doit être adopté pour point de départ dans la détermination de ces droits ; et tandis que quelques-uns attribuent généralement aux père et mère des enfants naturels (sous la réserve des exceptions légalement établies, comme de celles qui doivent être admises en raison du fondement même des droits des père et mère), les mêmes droits qu'aux père et mère d'enfants légitimes, d'autres n'accordent qu'exceptionnellement

10 mai 1851, S. V., 51, 1, 225; les autres, qu'il pouvait servir de commencement de preuve par écrit de la maternité, Paris, 18 mars 1850, S. V., 50, 2, 593. Mais il nous semble que ces arrêts se sont laissé influencer, en matière de filiation naturelle, par les principes et les règles de la filiation légitime, et que si l'acte de naissance, de même que la possession d'état, sont des éléments de preuve dont il y a lieu de tenir compte, il faut avant tout un commencement de preuve par écrit, qu'on ne saurait trouver dans un acte auquel la mère est restée étrangère.]

[4] Cass., 7 avril 1830. Mais V. *sup.*, la note 1.

[5] Aucune loi n'excepte cette action de la règle générale en vertu de laquelle toutes les actions passent aux héritiers, [Richefort, 2, n. 337 ; Demolombe, 5, n. 520 et s.; Marcadé, sur l'art. 341.—*Contrà*, Paris, 13 mars 1837, S. V., 37, 2, 569.]

[6] Paris, 16 déc. 1837, S. V., 34, 2, 184; Amiens, 25 janv. 1838, S. V., 38, 2, 457; Cass., 20 nov. 1843, S. V., 43, 1, 849. — Nous avons déjà examiné la question de savoir si un enfant naturel peut être reconnu après sa mort. V. *sup.*, § 167. Ajoutons ici qu'il a été jugé qu'une mère peut se prévaloir contre les tiers, après le décès d'un enfant naturel, de l'acte de naissance qui la désigne comme mère, et de la possession d'état conforme de cet enfant, pour revendiquer sa succession, Cass., 7 janv. 1852, S. V., 52, 1, 12.]

aux père et mère des enfants naturels certains droits sur leurs enfants, c'est-à-dire les seuls droits que des dispositions légales particulières confèrent expressément à ceux-ci ou leur procurent par voie de conséquence[1]. La première de ces opinions semble devoir mériter la préférence, dans l'intérêt des enfants et dans celui de la morale ; elle s'appuie d'ailleurs sur les articles 158 et 383.

Il faut donc poser en principe que les père et mère d'enfants naturels reconnus ont, en général, abstraction faite des dispositions particulières de la loi, et sans préjudice des prescriptions de celle-ci, tous les droits des père et mère légitimes, qui dérivent strictement du devoir des parents d'élever leurs enfants naturels ; mais ils n'en ont point d'autres, et encore n'ont-ils les droits qui leur sont reconnus que sous la réserve de la faculté qui doit être laissée au juge de restreindre, et même de suspendre entièrement[2] dans certains cas, où il y va de l'intérêt des enfants, l'exercice de la puissance paternelle.

C'est sous la même réserve que s'établissent aussi entre les père et mère d'enfants naturels les mêmes rapports qu'entre les père et mère d'enfants légitimes[3]. De là les conséquences suivantes :

1° L'enfant naturel reconnu doit témoigner à tout âge honneur et respect à ses père et mère.

2° Les père et mère ont le devoir et le droit d'élever leurs enfants naturels reconnus, de les surveiller, de les diriger, de déterminer le genre d'instruction qu'ils doivent recevoir et de les guider dans le choix d'une profession. Cependant le juge peut, dans certains cas, ordonner que l'éducation de l'enfant sera confiée, non au père, mais à la mère, ou même à un tiers, aux frais des parents de l'enfant[4].

3° Les père et mère, en tant qu'il leur appartient d'élever leur enfant naturel, ont particulièrement aussi le droit de le faire em-

[1] Dans le sens de la première opinion, V. Locré, sur l'art. 372 ; Loiseau, p. 530 et s.; Delvincourt, sur l'art. 338 ; [Demolombe, 6, n. 617 et s.] Dans le sens de la seconde, V. Rolland de Villargues, *Dissert.*, Sirey, 13, 2, 19.— Proudhon, Toullier, Duranton, ne se prononcent pas formellement ; Vazeille semble incliner vers la première.

[2] Cette réserve se fonde, d'une part, sur ce qu'un droit ne peut être acquis par un acte contraire à la loi, ni par conséquent par une procréation hors du mariage, et d'autre part, sur ce que des parents qui ont engendré un enfant hors du mariage méritent moins de confiance que des parents mariés, [Merlin, *Rép.*, v° *Éducation*, § 2 ; Demolombe, 6, n. 621.]

[3] Delvincourt, 1, p. 250, et Vazeille, 2, n. 474, attribuent les mêmes droits au père et à la mère, de sorte que dans le cas de dissentiment entre eux, c'est au juge que la décision appartient, [Demolombe, 6, n. 623.]

[4] Toullier, 2, n. 1076 ; Vazeille, 2, n. 473 ; Merlin, *Rép.*, v° *Éducation*, § 2. Il résulte de là que, bien que les parents aient formé un contrat entre eux pour l'éducation de leur enfant naturel, le juge peut néanmoins prendre, s'il y a lieu, des dispositions contraires, [Demolombe, 6, n. 630.]

prisonner[5] conformément aux dispositions des articles 376-379. V. § 188 et art. 383.

4° Les enfants naturels ne peuvent contracter mariage sans le consentement des père et mère qui les ont reconnus, ou sans avoir respectueusement demandé leur avis, art. 158[6].

5° Ils ne peuvent de même être adoptés ou mis en tutelle officieuse qu'avec le consentement de leurs père et mère[7], arg. art. 158 combiné avec les articles 346 et 361.

6° Les père et mère ont la tutelle légale de leur enfant naturel reconnu, ainsi que le droit de lui nommer un tuteur par une déclaration de dernière volonté[8], et aussi le droit de l'émanciper[9]; mais toujours sous la réserve des exceptions que le juge croit à propos de faire à la règle, dans l'intérêt de l'enfant.

7° Les père et mère ne peuvent prétendre à l'usufruit des biens de leur enfant naturel reconnu, ce droit ne dérivant pour eux ni de la nature essentielle des devoirs qui incombent aux parents, ni d'aucune disposition particulière du Code[10].

8° Ils ne sont pas seulement tenus d'élever à leurs frais leurs enfants naturels reconnus, mais encore ils doivent leur fournir, en cas de besoin, des aliments[11], quel que soit l'âge de ceux-ci, arg. art. 762 et s. Cette obligation semble même devoir incomber aux héritiers et aux ayants droit des père et mère[12], et devoir être aussi remplie à l'égard des descendants légitimes des enfants[13], arg. art. 759. Comme le devoir de fournir des aliments est géné-

[5] Bien que l'art. 383 n'applique pas les art. 380-382 aux père et mère des enfants naturels, on devra néanmoins y avoir égard. V. la discussion sur l'art. 383; [Valette sur Proudhon, 2, p. 249; Marcadé, sur l'art. 383; Demolombe, 6, n. 638 et s.—*Contrà*, Proudhon, *ibid.*; Duranton, 3, n. 360.—Le droit de correction est exercé par celui des père et mère qui a la garde et l'éducation de l'enfant, en remarquant toutefois que le père seul peut l'exercer par voie d'autorité; et que la mère ne peut l'exercer que par voie de réquisition, alors même que l'enfant a moins de seize ans, art. 381; Marcadé, sur l'art. 383; Demolombe, 6, n. 337 et s. —*Contrà*, Duranton, 3, n. 360, suivant lequel la mère peut exercer ce droit par voie d'autorité. V. *inf.*, le titre de la *Puissance paternelle*.

[6] [V. *sup.*, § 127, note 35 et s.]

[7] [Demolombe, 6, n. 611 et 612.]

[8] [V. *inf.*, les titres de la *Minorité* et de la *Majorité*.]

[9] Favard, v° *Emancipation*, § 1.

[10] Proudhon, *De l'usufruit*, 1, p. 124; Toullier, 2, n. 975; [Rolland de Villargue, *Dissert. déjà citée;* Delvincourt, 1, p. 406; Duranton, 3, n. 364; Magnin, 1, n. 268; Valette sur Proudhon, 2, p. 252; Richefort, 2, n. 273; Marcadé, sur l'art. 384; Demolombe, 6, n. 649 et s.] En sens contraire, Loiseau, p. 550, et Favard, *Enfant naturel*, § 2.

[11] Il n'est pas douteux que cette obligation pèse sur les père et mère; cela résulte *à fortiori* des art. 762, 763, et de l'*argumentum à minori ad majus*, Duranton, 2, n. 377 et s.; Vazeille, 2, n. 499; Chabot, sur l'art. 756, n. 36 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Aliments*, § 1, art. 2; Favard, v° *Enfants naturels*, § 1, n. 1; Cass., 16 nov. 1808, 27 août 1811. V. cependant Toullier, 2, n. 1074, et L. 5, § 4, Dig., *De agnosc. et alend. liberis.*— Les descendants de l'enfant doivent des aliments à ses père et mère. V. *sup.*, § 131.

[12] Mais V. *sup.*, § 131, note 10.

[13] Vazeille, 1, 501.

ralement réciproque, V. art. 207, les enfants naturels reconnus doivent des aliments à leurs père et mère dans le besoin [14].

9° Les enfants naturels reconnus ont un droit de succession sur les biens de leurs père et mère décédés. V. *inf.* le titre des *Successions*.

L'état civil d'un enfant naturel reconnu est déterminé par l'état civil du père, s'il est reconnu par son père, et par l'état civil de la mère, s'il a été seulement reconnu par celle-ci. L'enfant porte donc, suivant les cas, le nom de son père ou celui de sa mère [15].

SECTION III. — DES ENFANTS ADULTÉRINS ET INCESTUEUX.

§ 172. *De l'état et des droits des enfants adultérins et incestueux.*

Les enfants engendrés dans l'adultère [1] ou dans l'inceste [2] sont généralement à considérer, au point de vue légal, comme s'ils n'avaient ni père ni mère [3], ni par conséquent aucuns parents, soit du côté du père, soit du côté de la mère [4].

[14] Delvincourt, 1, p. 223; Vazeille, 2, n. 502; Chabot, *loc. cit.* Mais ils n'en doivent pas aux ascendants des père et mère, qui, de leur côté, ne leur en doivent pas non plus. Cass., 7 juill. 1817. [V. *sup.*, § 131.]

[15] Proudhon, 2, p. 105; Toullier, 2, n. 973. — Un étranger peut-il reconnaître l'enfant naturel d'une Française? Rien ne s'y oppose. [V. *sup.*, § 53, notes 15 et 16.]

[1] [L'enfant adultérin est celui qui est issu du commerce de deux personnes qui, au moment de sa conception, ne pouvaient contracter mariage ensemble, parce que l'une d'elles, ou toutes les deux, étaient déjà engagées dans les liens d'un mariage antérieur. Pour savoir si un enfant est adultérin, il ne faut donc pas s'attacher au jour de sa naissance, mais il faut se reporter au jour de sa conception], *respiciendum est ad tempus conceptionis*. V. § 164, note 1. Ainsi, un enfant qui est désavoué par le mari de sa mère pour être venu au monde trop tôt, art. 314, n'est pas pour cela un enfant adultérin. —Tout enfant né pendant le mariage est légitime, sous réserve du droit de désaveu; et l'enfant ne peut se déclarer lui-même adultérin, si le père ne le désavoue pas, Rouen, 6 juill. 1820. — [La bonne foi du père et de la mère, qui vivaient dans l'adultère sans le savoir, la violence même dont la mère aurait été victime, ne peuvent faire disparaître la tache originelle de la naissance de l'enfant qui, dans l'un et l'autre cas, reste adultérin. La loi ni la morale ne peuvent admettre la bonne foi dans les unions illégitimes, soit qu'elle résulte de l'erreur, soit qu'elle résulte de la violence; et le mariage putatif est une exception dont le bénéfice est réservé aux unions légitimes. V. *sup.*, § 125; Demolombe, 5, n. 559 et s. — *Contrà*, Bedel, *De l'adult.*, n. 68.]

[2] [Les enfants incestueux sont ceux qui sont issus du commerce de deux personnes qui, au moment de la conception, ne pouvaient contracter mariage, à raison de leurs rapports de parenté ou d'alliance. V. *sup.*, § 126.]

[3] [Mais ils jouissent, comme les enfants naturels, de tous les droits civils et politiques, V. *sup.*, § 166; et s'ils n'ont pas de famille ascendante, ils peuvent s'en créer une par le mariage, et ils ont alors sur les biens et sur la personne de leurs enfants tous les droits qui résultent de la paternité légitime.— L'enfant adultérin ou incestueux ne peut porter le nom de son père ni de sa mère: le nom est une propriété de famille, et les enfants adultérins ou incestueux ne sont pas dans la famille, Paris, 28 mars 1828; Douai, 26 déc. 1835, S.V., 37, 2, 188; Paris, 23 juill. 1842, *Bull. de la Presse* du 24 juill.; Magnin, *Des minor.*, 1, n. 228; Poujol, *Success.*, sur l'art. 762, n. 2. — *Contrà*, Richefort, 3, n. 502. — V. Demolombe, 5, n. 596.]

[4] Ainsi ces enfants n'ont aucun droit

Cette règle souffre néanmoins une exception, relativement aux père et mère, en ce que l'enfant est fondé à leur demander des aliments[5], art. 762.

Cette règle est encore modifiée, tant relativement aux père et mère qu'à l'égard des parents de ceux-ci, par les lois d'après lesquelles la parenté, dans certains cas, tantôt constitue un empêchement de mariage[6], tantôt prive de la capacité de pouvoir être appelé en témoignage[7].

L'enfant a le droit de réclamer des aliments, non-seulement pendant le temps de sa minorité, mais encore pendant toute sa vie; non-seulement du vivant de ses père et mère, mais encore contre leur succession, pourvu, dans tous les cas, qu'il n'ait point de fortune particulière et qu'il soit hors d'état de pourvoir par lui-même à ses besoins[8], arg. art. 764. Le chiffre de la pension alimentaire doit être réglé soit d'après la situation de fortune des père et mère, soit, quand elle doit être fournie par leur succession, d'après le nombre et l'espèce[9] des héritiers ou des ayants droit[10], art. 763. — Si le père ou la mère a fait apprendre un art mécanique à l'enfant, celui-ci ne peut plus prétendre à des aliments, art. 764, à moins que, par des circonstances indépendantes de sa faute, il ne se trouve hors d'état de gagner sa vie avec son métier[11]. L'enfant n'a, de même, aucun droit sur la succession de ses père et mère, si l'un ou l'autre, de son vivant, lui a assuré des aliments[12], art. 764.

de succession relativement à leurs père et mère, ou relativement aux parents de leurs père et mère, V. *inf.*, dans ce paragraphe; et réciproquement, les père et mère n'ont aucun droit de succession, de puissance paternelle ou de tutelle sur leurs enfants adultérins ou incestueux, Chabot, sur l'art. 762, n. 2; [Demolombe, 5, n. 595; Bedel, n. 104; Nîmes, 13 juill. 1824. — *Contrà*, Loiseau, p. 757, qui appelle les père et mère à succéder, à défaut d'enfants légitimes: cette opinion n'est pas soutenable.]

[5] Le droit aux aliments n'est pas réciproque, Vazeille, 2, n. 503. [C'est une erreur; la dette alimentaire est essentiellement réciproque, Demolombe, 4, n. 19.] Les descendants de l'enfant ne peuvent pas réclamer des aliments, [Chabot, sur l'art. 762. V. cependant Demolombe, 4, n. 21.]

[6] Les enfants adultérins et incestueux sont compris, sous ce rapport, dans la catégorie des enfants naturels. V. art. 161, 162, et *sup.*, § 126.

[7] Pr., art. 268; Favard, v° *Enquête*, sect. 1, § 3, n. 1; Cass., 6 avril 1809.

[8] Delvincourt, sur l'art. 763; Chabot, sur l'art. 762, n. 1. — En ce qui touche la proportion dans laquelle les père et mère doivent contribuer, V. Chabot, *ibid.*, n. 5.

[9] V. Chabot, sur l'art. 763, n. 3; [Marcadé, sur le même article.]

[10] Bien que l'article ne parle que des héritiers, il doit aussi s'appliquer aux ayants cause ou successeurs: la raison est la même, Chabot, sur l'art. 763, n. 4.

[11] Delvincourt, sur l'art. 764, n. 3. [Bien que la loi ne parle que d'un art mécanique, il est bien évident que l'enfant ne pourrait réclamer des aliments, si ses père et mère lui avaient donné une profession libérale ou industrielle, Marcadé, sur l'art. 764.]

[12] Ainsi ce que l'un des deux a fait profite aussi à l'autre, Duranton, 6, n. 330. — Si la condition de fortune de l'enfant s'améliore dans la suite, le payement des aliments peut-il être ar-

Le principe que les enfants adultérins ou incestueux ne peuvent réclamer que des aliments de leurs père et mère et de la succession de ceux-ci est tellement absolu, que les père et mère n'auraient pas le droit de leur donner ou de leur léguer davantage, directement ou indirectement[13], arg. art. 908, 911 ; et que, s'ils le faisaient néanmoins, il appartiendrait à tout intéressé d'attaquer la donation ou d'en demander la réduction [14].

La loi interdit formellement la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux [15]; elle interdit de même la recherche de la paternité [16] ou de la maternité, lorsque cette recherche devrait avoir pour résultat la reconnaissance forcée de l'enfant [17], art. 335, 342: d'où il semble résulter que la disposition de l'art. 762 ne peut profiter à l'enfant que dans les cas où la descendance adultérine ou incestueuse est indirectement établie, par exemple, lorsqu'un mariage est déclaré nul pour cause de bigamie ou d'inceste, ou lorsqu'un enfant est désavoué par le mari de sa mère [18].

Cependant les commentateurs sont partagés d'avis sur le sens de l'art. 335. Quelques-uns, dont l'opinion ne nous paraît pas devoir être adoptée, admettent que, d'après l'art. 335, *toute reconnaissance* d'un enfant adultérin ou incestueux, contenue dans un

rêté? *Quæstio magis est facti quàm juris.* [Ils cessent d'être dus, si l'enfant cesse d'en avoir besoin, Marcadé, sur l'art. 763]; Chabot, art. 763, n. 3. — Un legs d'aliments reste valable, même quand l'enfant n'a pas besoin d'aliments. [Dans ce cas, en effet, la chose, bien que donnée à titre d'aliments, n'en est pas moins définitivement donnée, à moins qu'il ne s'agisse d'une pension alimentaire subordonnée, d'après les termes de la disposition, à une condition résolutoire.]

[13] C'est-à-dire, même par personnes interposées. L'art. 911 doit aussi s'appliquer à la parenté adultérine, [Toullier, 5, n. 80; Delvincourt, 2, p. 63; Duranton, 8, n. 272. V. *inf.* le titre des *Donations et testaments*.]

[14] Loiseau, p. 755, est d'un avis différent; il n'accorde qu'aux héritiers *ab intestat* le droit d'attaquer la donation ou le legs excessif.

[15] Cependant les tribunaux peuvent, sans porter atteinte à la prescription de l'art. 342, tirer des actes produits dans une affaire la conséquence que l'enfant est adultérin ou incestueux, Cass., 13 juill. 1826. — Par suite de la règle ci-dessus établie, lorsqu'un enfant adultérin a été inscrit sur les registres de l'état civil sous le nom de son père, même du consentement de celui-ci, tout membre de la famille peut demander qu'il abandonne ce nom, Paris, 22 mars 1828; Douai, 26 déc. 1835, S. V., 37. 2, 188. [V. *sup.*, note 1.]

[16] L'art. 340, § 2, est donc limité par l'art. 342, c'est-à-dire que, dans le cas de l'art. 342, l'action en recherche de la paternité ne peut être intentée même lorsque la mère a été enlevée, [*Duranton*, 5, n. 235; Merlin, *Rép.*, v° *Filiation*; Demante, 1, n. 525; Bedel, n. 69; Marcadé, n. 342; Demolombe, 5, n. 565] — *Contra*, Loiseau, p. 735; [Grenier, *Des donations*, 1, n. 130.] Si, en effet, l'on ne devait pas comprendre sous l'art. 342 les cas de l'art. 340, comment dans l'art. 342 pourrait-il être question d'une action en recherche de la paternité?

[17] La reconnaissance d'un enfant naturel paraît devoir être aussi considérée comme nulle si elle a pour conséquence de transformer un mariage déjà conclu en *matrimonium incestuosum*. Ainsi, par exemple, un père ne peut reconnaître la femme de son fils, Favard, v° *Reconn. d'enf. nat.*, sect. 1, § 2, note 2.]

[18] [Marcadé, sur l'art. 335; Demolombe, 5, n. 587.]

acte authentique, doit être regardée généralement, et par conséquent aussi sous le rapport dont il s'agit, comme de nul effet, tandis que l'enfant reconnu dans un acte sous seing privé serait, au contraire, fondé à demander des aliments[19]. D'autres interprètent cet article en ce sens qu'il n'entendrait enlever à la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux que l'effet de conférer à cet enfant les droits d'un enfant naturel reconnu, mais que néanmoins la reconnaissance de cet enfant prouve son origine tant pour lui que contre lui[20]. D'autres encore prétendent qu'on ne doit accorder à la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux aucune espèce de force ou de validité, ni *ad recognitionem*, ni *ad alimenta;* ni en faveur de l'enfant, ni contre lui : de telle sorte qu'elle ne donne pas à l'enfant le droit de réclamer des aliments, et que, d'autre part, elle n'autorise pas à contester les legs faits à l'enfant adultérin ou incestueux, reconnu comme tel[21]. D'autres enfin proposent un terme moyen, en adoptant la seconde opinion, à certains égards, et la troisième opinion, à certains autres. Mais les partisans de cette quatrième opinion sont eux-mêmes divisés. Quelques-uns regardent la reconnaissance d'un enfant adultérin ou incestueux, contenue dans un acte public, comme valable[22] à l'avantage, mais non au préjudice de l'enfant. D'autres, soutenant l'inverse, veulent, au contraire, qu'elle soit valable dans tous les cas où elle ne tourne pas à l'avantage de l'enfant. Si l'on considère ces opinions diverses du point de vue du droit écrit, on est disposé à accorder

[19] Paris, 25 prair. an XIII; Nancy, 20 mai 1816. Ces deux arrêts sont fondés sur ce que, si l'on n'admettait pas l'efficacité d'une reconnaissance sous signatures privées, l'art. 762 resterait sans application. Mais on peut évidemment tirer contre cette opinion un argument à *majori ad minus*, de l'art. 335 lui-même qui, s'il n'accorde aucun effet à la reconnaissance par acte authentique, doit en accorder encore moins à l'acte sous seing privé. Aussi une pareille reconnaissance est-elle considérée comme inefficace, même par ceux qui, sous d'autres rapports, favorisent les enfants adultérins et incestueux. V. par exemple, Merlin, *loc. cit.*

[20] Bruxelles, 29 juill. 1811; Toulouse, 5 mars 1827; Rennes, 31 déc. 1834, S.V., 36, 2, 506; Lyon, 25 mars 1835, S. V., 35, 2, 241; Paris, 14 déc. 1836, S. V., 36, 2, 63; [Toullier, 2, n. 967 et s.; Vazeille, 2, n. 504; Richefort, 2, n. 319; Valette sur Proudhon, 2, p. 155 et s.] Cette opinion établit une distinction tout à fait arbitraire entre les effets de la reconnaissance.

[21] Cette opinion se trouve très-bien développée par Chabot, *Comment. sur la loi des successions*, art. 762; [par Marcadé, sur l'art. 335, et par Demolombe, 5, n. 587.] V. aussi Loiseau, p. 732; Duranton, 3, n. 195. La Cour de cassation a constamment prononcé dans ce sens. V. Cass., 28 juin 1815; 11 nov. 1819; Cass., 9 mars 1824, 8 fév. 1836, S. V., 36, 1, 241; [Bordeaux, 21 déc. 1835, S. V., 37, 2, 71; Cass., 3 fév. 1841, S. V., 41, 1, 117; 19 avril 1847, S. V., 47, 1, 562; V. encore Devilleneuve, *Table gén.*, vº *Enfant adultérin*, n. 25 et s.] Jugé cependant que si un testateur avait désigné dans son testament un légataire comme son enfant adultérin, le legs serait nul, Cass., 4 janv. 1832, S. V., 32, 1, 144.

[22] V. dans ce sens, Toullier, 2, n. 967; Merlin, *Rép.*, vº *Filiation*, où se trouve une dissertation sur la question. — V. aussi Paris, 22 mars 1828.

la préférence à la troisième, qui a aussi pour elle la jurisprudence de la Cour de cassation, parce qu'elle répond le mieux au sens littéral de l'art. 335 et à l'esprit de la loi, qui est d'empêcher le scandale et la discorde dans les familles; d'autant plus que, d'après la seconde opinion du moins, en faveur de laquelle on peut certainement invoquer des raisons d'équité, cet article contiendrait une disposition tout à fait superflue [23].

TITRE VIII.

DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

—

ARTICLES 343 A 370.

—

SOMMAIRE.

CHAPITRE Ier. — DE L'ADOPTION.

PRÉLIMINAIRES.

SECTION Ire. — *De l'adoption de droit commun.*

SECTION II. — *De l'adoption privilégiée.*

CHAPITRE II. — DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

[23] [Telle est aussi l'opinion qui a le plus récemment prévalu dans la doctrine, V. Marcadé et Demolombe, *loc. cit.*; c'est aussi celle à laquelle nous croyons devoir nous rattacher, comme la seule conciliable avec la disposition absolue de l'art. 335.]

CHAPITRE I.

DE L'ADOPTION.

PRÉLIMINAIRES.

§ 173. *Notions historiques sur l'adoption*[1].

L'adoption était inconnue en France avant la Révolution. On avait recours dans l'ancien droit aux institutions d'héritier, faites sous la condition que l'héritier institué porterait le nom et les armoiries du testateur[2].

Le 18 janvier 1791, l'Assemblée nationale rendit un décret prescrivant au Comité de législation de comprendre, dans son plan général des lois civiles, celles relatives à l'adoption. Plus tard, la Convention nationale ayant adopté, le 25 janvier 1793, la fille de Michel Lepelletier, au nom de la patrie, et ayant décidé, dans un cas particulier qui lui fut soumis, le 16 brumaire an III, que les enfants adoptifs devaient avoir un droit d'hérédité sur la succession de leur père; et, d'un autre côté, les projets de Code civil qui surgissaient de temps à autre mettant l'adoption au nombre des contrats reconnus par la loi, il en résulta que l'adoption s'introduisit peu à peu dans l'usage[3], sans que la loi annoncée eût cependant paru.

Il était réservé au Code Napoléon de régler les conditions, les formes et les conséquences de l'adoption.

Dans la discussion du projet de Code, les voix se partagèrent sur la question du maintien de l'adoption. Plusieurs jurisconsultes la repoussaient comme favorisant le célibat et donnant au célibataire le prix des charges du mariage. D'autres reconnaissaient, au contraire, qu'en lui imposant certaines conditions, elle était parfaitement d'accord avec l'intérêt des particuliers, les règles de l'équité et l'humanité, en général. Cette dernière opinion finit par prévaloir; toutefois les mêmes dissentiments se renouvelèrent quand il fut question d'organiser l'institution. On voulait se régler sur cette

[1] [V. un exposé historique sur l'adoption, très-bien fait et très-complet, dans Dalloz, *Jurispr. gén.*, nouv. éd., v° *Adoption*.]

[2] Sous le droit actuel, la condition imposée par le testateur à son légataire de prendre son nom est parfaitement licite, Cass., 4 juill. 1836, S. V., 36, 1, 642.

[3] V. pour les adoptions antérieures au Code, la loi du 25 germ. an XI [statuant sur la validité et réglant les effets de ces adoptions.]

maxime du droit romain : *Adoptio imitatur naturam ;* mais on ne tarda pas à s'en éloigner de plus en plus, par suite des scrupules qui se réveillaient contre l'adoption, du moment où elle devait avoir pour conséquence un changement de famille ; aussi l'adoption, telle qu'elle est établie par le Code civil, n'est-elle au fond qu'une institution d'héritier, un *pactum successorium, sub conditione ferendi nominis*[4].

La rédaction des différentes dispositions du Code est empruntée en partie au droit romain, en partie au droit civil prussien, *das preussishe landrecht.*

§ 174. *Définition de l'adoption. — Division.*

L'adoption est le contrat juridique qui établit entre deux personnes, lesquelles peuvent être étrangères l'une à l'autre[1], des rapports semblables à ceux qui existent entre le père ou la mère unis en légitime mariage et leurs enfants légitimes[2].

Il y a deux sortes d'adoption : l'adoption de droit commun et l'adoption privilégiée. Cette dernière a lieu dans le cas où, à raison de circonstances particulières, la loi permet que l'on s'écarte des règles générales qu'elle établit sur les conditions et les formes de l'adoption.

SECTION Ire. — DE L'ADOPTION DE DROIT COMMUN.

§ 175. *Des conditions de l'adoption.*

L'adoption est permise aux personnes de l'un ou de l'autre sexe, mariées ou non mariées, aux conditions suivantes :

1° Il faut que l'adoptant ait plus de cinquante ans et au moins quinze ans de plus que l'individu qu'il se propose d'adopter ; il faut, en outre, qu'il n'ait pas de descendants légitimes[1]

[4] [Et dans nos mœurs elle ne peut guère être autre chose. C'est d'ailleurs pour nous une question de savoir si, même renfermée dans ces limites, l'adoption est une institution bien nécessaire. A la juger d'après les résultats qu'elle a produits, il est permis d'en douter ; mais ce qui n'est que trop certain, c'est qu'elle a été souvent un moyen d'éluder les prohibitions de la loi et de masquer des incapacités légales. V. *inf.*, § 175. L'adoption est une dette contractée par la révolution envers une opinion peu réfléchie, comme beaucoup d'opinions de cette époque, et que le Consulat crut de son devoir d'acquitter.]

[1] Notre rédaction suppose que l'on admet l'adoption des enfants naturels. [V. le paragraphe suivant.]

[2] Proudhon, 2, p. 193. [Des rapports semblables, mais non pas tous les rapports. On ne peut pas dire en droit français comme on disait en droit romain *adoptio imitatur naturam.*

[1] Si la femme de l'adoptant accouche après l'adoption, il conviendra d'avoir égard au temps de la conception, Delvincourt, sur l'art. 343 ; Duranton, 3, n. 278 ; [Riffé, *De l'adoption*, p. 41 ; Marcadé, sur l'art. 343 ; Demolombe, 6, n. 16. L'adoption sera donc comme non avenue quand une nais-

ou légitimés[2] vivants[3], à l'époque de l'adoption, art. 343.

2° Nul époux ne peut adopter qu'avec le consentement de son conjoint[4], art. 344, § 2.

3° Pour être capable d'adopter, il faut pouvoir contracter mariage[5].

sance la suivra dans un délai moindre de dix mois, arg. art. 312. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, 2, p. 192, selon lequel l'enfant seulement conçu n'est pas un obstacle à l'adoption. — Mais la survenance d'un enfant postérieurement à l'adoption, dont la conception ne se reporte pas à un temps antérieur, n'a aucun effet rétroactif sur la validité de l'adoption : c'est ce qui résulte de ces expressions de l'art. 343, *à l'époque de l'adoption*, Demolombe, 6, n. 15.]

[2] Locré, sur l'art. 343 ; [Demolombe, 6, n. 19. — La légitimation postérieure n'aurait pas plus d'effet rétroactif que la naissance.] — Celui qui n'a que des enfants naturels peut adopter, *mêmes autorités*. — [On peut, du vivant d'un enfant adoptif, en adopter successivement un ou plusieurs autres, arg. art. 348 ; Bourges, 21 frim. an XII ; Toullier, 2, n. 986 ; Delvincourt, 1, p. 255 ; Grenier, *De l'adoption*, n. 10 ; Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, § 9 ; Duranton, 3, n. 291 ; Marcadé, sur l'art. 343 ; Demolombe, 6, n. 18.]

[3] [La mort civile de l'enfant de l'adoptant produirait les mêmes effets que sa mort naturelle et rendrait l'adoption possible. Mais nous ne pensons pas qu'il doive en être de même de l'absence : il ne suffit pas qu'il y ait présomption de décès, il faut qu'il y ait preuve. Cependant, si sur des preuves plus ou moins spécieuses du décès une adoption avait eu lieu, il ne suffirait pas, pour faire annuler l'adoption, d'alléguer que le prétendu décédé est seulement en état d'absence : il faudrait rapporter la preuve de son existence, Dalloz, *Jurispr. gén.*, nouv. éd., v° *Adoption*, n. 85 ; Demolombe, 6, n. 21 et s.]

[4] [La loi exige un consentement, et non pas une autorisation : si donc l'un des époux refusait de consentir, l'autre ne pourrait se faire autoriser par justice. — Ce consentement est nécessaire lors même que les époux sont séparés de corps : la loi ne distingue pas, Riffé, p. 46 ; Demolombe, 6, n. 26 et s.] Sur les effets juridiques de ce consentement, lorsque l'adoptant a institué sa femme pour héritière dans leurs conventions matrimoniales, V. Delvincourt, sur l'art. 344.

[5] Ainsi l'adoption n'est pas permise aux personnes frappées de mort civile, aux interdits, aux prêtres catholiques, et, selon quelques auteurs, aux étrangers. [Pour pouvoir adopter (et réciproquement pour pouvoir être adopté), il faut avoir la jouissance et l'exercice des droits civils. Les morts civilement, qui n'ont ni l'un ni l'autre, ne peuvent donc ni adopter, ni être adoptés, Marcadé, sur l'art. 343 ; Demolombe, 6, n. 47. — Il en est de même des étrangers. V. *sup.*, § 61, note 2. — Il en est de même aussi des interdits qui, s'ils ont la jouissance des droits civils, n'en ont pas l'exercice, parce qu'ils sont incapables de contracter. Mais cela ne s'applique toutefois qu'à l'interdit judiciaire pour cause de démence. Quant à l'interdit légal qui est privé du droit de gérer son patrimoine, mais qui a en lui la capacité de consentir, nous croyons qu'il est capable d'adopter et d'être adopté, comme nous l'avons déjà cru capable de se marier. V. *sup.*, § 110, note 7. V. cep. Demolombe, 6, n. 49. — En ce qui concerne le prêtre catholique, il est évident que rien ne s'oppose à ce qu'il soit adopté. Mais c'est un point beaucoup plus délicat que celui de savoir s'il peut adopter. La question a quelque analogie avec celle de savoir si un prêtre peut se marier. V. *sup.*, § 129, note 1. Néanmoins il nous semble qu'elles ne se présentent pas toutes les deux dans les mêmes termes. Il est constant que les canons de l'Eglise défendent le mariage des prêtres. La question de savoir si un prêtre peut se marier dépend donc de l'autorité que la législation en vigueur accorde aux canons de l'Eglise. Au contraire, aucune décision du droit canon ne défend l'adoption aux prêtres. La prohibition ne résulte, même d'après les partisans de la prohibition, que par voie d'induction des règles qui leur interdisent le mariage. Or, si de ces règles on peut induire qu'un pareil acte est opposé à l'esprit de l'Eglise, on ne peut en conclure qu'il doive être défendu comme le mariage et au même titre ; car, loin de supposer le mariage, l'adoption suppose plutôt le célibat ; et telle qu'elle est organisée par le Code, elle n'est ni une imitation de la nature, ni une génération

Peuvent être adoptées toutes personnes des deux sexes, mariées ou non mariées [6], sous les conditions suivantes :

1° Il faut, pour pouvoir être adopté, être majeur, c'est-à-dire avoir vingt-un ans accomplis, art. 346.

2° Si celui qui doit être adopté a moins de 25 ans accomplis et s'il a encore ses père et mère, il faut leur consentement ; ou, si l'un d'eux est décédé, celui du survivant. S'il est majeur de vingt-cinq ans accomplis, il est tenu de requérir respectueusement leur conseil [7], art. 346.

Il est sans doute incontestable que les individus auxquels la qualité de personnes civiles fait défaut, par exemple, les morts civilement [8], ne peuvent être adoptés ; mais la jurisprudence qui repousse l'adoption d'un étranger ne peut se justifier par les mêmes motifs ; elle repose uniquement sur cette thèse arbitraire que le droit d'être adopté est un des droits civils particuliers au Français. Or, dans l'état actuel du droit, cette thèse est d'autant plus difficile à soutenir que les étrangers sont aujourd'hui généralement aptes à succéder en France [9]. On ne comprend pas davantage le système opposé à l'adoption d'un enfant naturel par le père ou la mère qui l'ont reconnu, aucune loi ne défendant aux père et mère d'adopter leurs enfants naturels [10].

artificielle ; elle établit seulement certains rapports de paternité et de filiation qui sont d'autant moins contraires aux lois positives de l'Eglise, que le sacerdoce n'est pas incompatible avec la paternité. Nous croyons donc qu'au point de vue de la loi civile, et même en donnant pour base à la loi civile la loi de l'Eglise, il n'est pas défendu aux prêtres d'adopter, Cass., 26 nov. 1844, S. V., 44, 1, 801 ; Devilleneuve, *ibid.*, sur cet arrêt ; Dalloz, n. 99 ; Pont, *Rev. de législ.*, t. 21, p. 507 ; Riffé, p. 50 ; Valette sur Proudhon, 2, p. 225 ; Richefort, 2, n. 315 ; Demolombe, 6, n. 54. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 343 ; Duranton, 3, n. 286 ; Marcadé, sur l'art. 343.]

[6] Un époux qui veut se faire adopter a-t-il besoin du consentement de son conjoint ? La femme a besoin de cette autorisation, mais non le mari, [Duranton, 3, n. 293 ; Demolombe, 6, n. 38.] — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 344, qui prétend que cette autorisation est également nécessaire pour le mari. [Mais c'est une erreur : aucun texte n'impose au mari dans ce cas spécial l'obligation insolite de se pourvoir du consentement ou de l'autorisation de sa femme ; et si la femme a besoin de celle de son mari, c'est par application des principes généraux sur l'autorisation maritale.]

[7] Les dispositions de l'art. 346 ne se confondent pas absolument avec celles des art. 148 et s. Selon l'art. 346, le consentement du père et de la mère est indispensable, tandis que d'après l'art. 148, en cas de dissentiment, celui du père suffit pour le mariage, [Proudhon, 2, p. 128 ; Delvincourt, 1, p. 256 ; Duranton, 3, n. 289 ; Demolombe, 6, n. 33. — *Contrà*, Riffé, p. 54 ; Marcadé, sur l'art. 346, d'après lesquels le consentement du père serait suffisant.] — L'âge, dans l'art. 346, n'apporte aucune différence entre le fils et la fille, comme dans l'art. 148. — Au lieu des trois actes respectueux exigés pour le mariage, l'art. 346 n'en exige qu'un seul. — Enfin, à défaut des père et mère, il n'exige pas le consentement des autres ascendants.

[8] [V. *sup.*, § 67.]

[9] [V. *sup.*, § 61, note 2.]

[10] Plusieurs, nous dirons même la plupart des commentateurs, sont de l'avis opposé, qu'ils fondent sur les art. 908, 911. Mais peut-on conclure de la limite

La faculté d'adopter ne peut être exercée qu'envers l'individu à qui l'on a fourni des secours et donné des soins non interrompus dans sa minorité, pendant six ans au moins, art. 345. Mais il

légale imposée à la faculté de donner aux enfants naturels, à l'interdiction de les adopter?... Il ne faut pas perdre de vue d'ailleurs que le titre de *l'Adoption* a été rédigé et promulgué avant celui des *Donations*, et Locré nous apprend que dans le Conseil d'Etat on avait formellement admis la validité de l'adoption de l'enfant naturel par ses père et mère. On peut ajouter que les pères et mères remplissent un devoir sacré en adoptant leurs enfants naturels. [Peu de questions ont eu autant de vicissitudes que celle de savoir si un père peut adopter son enfant naturel reconnu : les mêmes auteurs, et ce ne sont pas les moindres, ont dit tantôt oui et tantôt non ; et la Cour de cassation, cessant en quelque sorte d'être la Cour régulatrice, a changé trois fois d'opinion dans trois arrêts successifs, témoignant ainsi des difficultés de la question, des hésitations et peut-être aussi de la persistance des convictions. En dehors des considérations morales qu'on peut invoquer de part et d'autre, et dont la valeur dépend surtout du point de vue auquel on se place, nous croyons que le principal argument, en droit, des partisans de l'adoption, qui consiste à dire que l'incapacité des enfants naturels pour être adoptés ne résulte d'aucune disposition légale, peut être combattu par cette raison décisive que, dans notre droit français, l'adoption étant le moyen d'établir entre deux personnes des rapports de filiation et de paternité, l'adoption d'un enfant naturel reconnu par son père est contraire à la nature des choses, puisque ces rapports de paternité et de filiation existent avant et sans l'adoption; et si l'on objectait que les rapports de filiation et de paternité résultant de l'adoption sont autres que ceux qui naissent de la reconnaissance, nous répondrions que la loi, en permettant de légitimer les enfants naturels, a donné un moyen de changer les rapports établis par la reconnaissance, et qu'en déterminant les conditions de la légitimation, elle a par cela même interdit tous les autres modes d'arriver par une voie détournée, et à l'aide d'une autre qualification, à une quasi-légitimation, qui dans ses moyens comme dans son but serait une véritable fraude à la loi. Pour nous, il y a impossibilité à conférer le nom et la qualité de fils à celui qui a déjà ce nom et cette qualité. La loi, dans son omnipotence, aurait pu sans doute rendre cette chose légalement possible ; mais elle ne l'a pas fait, et c'est par conséquent aux adversaires de l'adoption et non à ses partisans à se prévaloir du silence de la loi. Ce système d'impossibilité a été soutenu dans ces derniers temps avec une grande force par M. Marcadé, sur l'art. 343, et par M. Demolombe, 6, n. 51 et 52. Nous croyons qu'il n'y a rien à ajouter à l'argumentation de ces auteurs; nous croyons aussi qu'il n'y a rien à leur répondre. Il est même possible que les développements qu'ils ont donnés à leur opinion ne soient pas sans influence sur l'avenir de la question. V. dans le même sens, c'est-à-dire contre l'adoption des enfants naturels reconnus, Toullier, 2, n. 988, qui avait d'abord embrassé l'opinion contraire; Merlin, *Rép.*, v° *Adoption*, § 3 et 4, qui a trois fois changé d'opinion ; Maleville, 1, p. 346 ; Loiseau, *App. au traité des enfants naturels*, p. 10 ; Delvincourt, 1, p. 460 ; Cotelle, *Code civ. approf.*, 1, p. 92 ; Delaporte, 2, p. 150 ; Chabot, sur l'art. 756, n. 34 ; Chrétien de Poly, *Rép.* de Rolland de Villargues, v° *Adoption*, n. 14 ; Favard, *cod. verb.*, sect. 2, §, 1, n. 4 ; Magnin, n. 262 ; Riffé, p. 57 ; Odilon Barrot, *Encycl. du dr.*, v° *Adoption*, n. 32 et s.; Poujol, *Success.*, sur l'art. 757, n. 12 ; Benech, *De l'illégal. de l'ad. des enf. nat.*; Dubodan, *Rev. étr.*, 4, p. 703 et 814 ; Molinier, *Rev. du droit français*, 1844, p. 161 ; Pont, *Rev. de législat.*, 17, p. 750. — En sens contraire, c'est-à-dire dans le sens de l'adoption, V. Locré, 5, p. 378, et 6, p. 364 ; Proudhon, 2, p. 138 ; Duranton, 3, n. 293 ; Grenier, n. 35 ; Richefort, 2, n. 284 ; Valette sur Proudhon, 2, p. 217 ; Taulier, 1, p. 460 ; Duvergier sur Toullier, 1, n. 988 ; Gilbert, *Code annoté*, sur l'art. 343, n. 8 *bis* ; Devilleneuve, 45, 2, 65 et 295 ; Dalloz, n. 118. — Quant à la jurisprudence, la presque unanimité des Cours impériales se prononce en faveur de l'adoption. V. l'indication des arrêts en sens divers dans la *Table gén.* de Devilleneuve, v° *Adoption*, n. 42 et s.; dans le *Code annoté* de Gilbert, sur l'art. 343, n. 7 et s.; dans Dalloz, *Jurisp. gén.*, nouv. éd., v° *Adoption*, n. 116 et s.— La question s'est présentée pour la première fois devant la Cour de cassation le 28 avril 1841, et

n'est pas nécessaire que la tutelle officieuse ait précédé l'adoption [11].

On peut adopter plusieurs individus, simultanément ou successivement [12], arg. art. 348, § 3. Cependant il y a doute sur le point de savoir si l'on peut adopter deux époux [13]. D'un autre côté, le même

elle y a été résolue dans le sens de l'adoption, S. V., 41, 1, 273; elle s'y est représentée le 16 mars 1843, et alors la Cour, changeant de système, s'est prononcée contre l'adoption, S. V., 43, 1, 177. Enfin en 1846, des pourvois ayant été formés contre deux arrêts des Cours d'Angers et de Montpellier, la Cour de cassation, par deux arrêts du 1er avril 1846, S. V., 46, 1, 273 et s., est revenue au système favorable à l'adoption. C'est là qu'en est restée la jurisprudence, et nous ne croyons pas que depuis lors il soit intervenu aucune décision sur cette question.] — Quant à l'adoption des enfants adultérins ou incestueux, V. Favard, v° *Enfant adultérin*, § 6; Rouen, 15 fév. 1815; Cass., 23 déc. 1816; Toulouse, 15 mai 1827. [Le premier et le dernier de ces arrêts résolvent la question dans le sens de la validité de l'adoption des enfants adultérins. Nous n'en connaissons pas d'autres dans le même sens, rendus sous le Code Napoléon, car nous ne nous occupons pas de ceux qui ont été rendus sous la législation intermédiaire. Le second, ainsi que d'autres arrêts, la résout en sens contraire, en jugeant que les adoptions d'enfants adultérins faites sous le droit intermédiaire peuvent être attaquées sous le Code Napoléon. V. Nancy, 18 août 1814; Grenoble, 27 avril 1825; Cass., 13 juin 1826, et 26 juin 1832, S. V., 32, 1, 555. V. encore dans le sens de la nullité, Toullier, 2, n. 988; Rolland de Villargues, v° *Adoption*, n. 15; Odilon Barrot, *loc. cit.*, n. 43; Toullier, 1, p. 461; Dalloz, n. 129 et s.; Devilleneuve, *Coll. nouv.*, 4, 2, 257. — *Contrà*, Grenier, n. 35, et *Consult.* dans Sirey, 15, 2, 213. Ici la véritable difficulté en droit est d'arriver à la constatation de l'adultérinité ou de l'incestuosité, puisque, d'une part, il est défendu de reconnaître les enfants adultérins et incestueux, d'où l'on a justement conclu qu'une pareille reconnaissance ne pouvait ni leur nuire, ni leur profiter, V. *sup.*, § 172, note 21; et que, d'autre part, la recherche de la paternité et de la maternité est absolument interdite quand elle doit avoir pour résultat de prouver une filiation adultérine ou incestueuse. Il suit de là que les tribunaux auxquels la confirmation d'une adoption est demandée, et qui, pour l'admettre ou la rejeter, n'ont pas besoin de motifs, doivent la rejeter quand il y a des soupçons d'adultérinité; mais que lorsque l'adoption est prononcée, on ne peut en demander la nullité sous prétexte que l'adopté serait l'enfant adultérin de l'adoptant. V. Grenoble, 7 mars 1849, S. V., 50, 2, 209.] — Jugé qu'en aucun cas le père adoptif, en reconnaissant ensuite l'enfant pour son enfant naturel, ne peut par là le priver de ses droits comme enfant adoptif, Chabot, sur l'art. 756; Paris, 11 vent. an XII. [Il y a donc dans ce système incompatibilité entre la position de l'enfant naturel reconnu, et celle de l'enfant adoptif : nouvel argument contre la possibilité de l'adoption. S'il n'y a pas incompatibilité, il y a *cumul* : l'enfant aura donc à la fois les droits et les devoirs d'un enfant naturel et ceux d'un enfant adoptif : ce qui n'est pas possible. V. sur ce point, Demolombe, 6, n. 52, p. 50, et le parti qu'il tire de cette complication, à l'appui de la thèse contraire à l'adoption des enfants naturels.]

[11] [Demolombe, 6, n. 24. — Il faut que les secours aient été librement fournis et par bienfaisance. Néanmoins, les secours et les soins donnés par un tuteur ordinaire, bien qu'ils puissent être considérés comme étant la conséquence de la tutelle, n'en pourraient pas moins être considérés comme volontaires : c'est là une question d'appréciation, Demolombe, 6, n. 25. — *Contrà*, Benech, p. 7, qui considère ces soins comme étant toujours une charge obligatoire de la tutelle; et Delvincourt, 1, p. 95, qui ne les considère comme obligatoires que dans le cas où le tuteur n'avait pas moyen de s'exempter de la tutelle.]

[12] Locré, sur l'art. 344; [V. *sup.*, note 2.]

[13] Duranton, 3, n. 291, résout la question négativement ainsi que Grenier, 2, n. 36. L'opinion contraire nous paraît préférable. *Adoptio imitatur naturam*, dit-on : oui, en droit romain; mais non en droit français. [V. en ce dernier sens, Marcadé, sur l'art. 348; Demolombe, 6, n. 56.]

individu ne peut être adopté par deux ou plusieurs personnes, si ce n'est par deux époux[14], art. 344, § 1.

§ 176. *Formes de l'adoption.*

La personne qui se proposera d'adopter et celle qui voudra être adoptée se présenteront en personne devant le juge de paix du domicile de l'adoptant[1] pour y passer acte de leurs consentements respectifs, art. 353. Une expédition de cet acte sera remise, dans les dix jours suivants[2], par la partie la plus diligente, au procureur impérial près le tribunal de première instance dans le ressort duquel se trouvera le domicile de l'adoptant, pour être soumise à l'homologation du tribunal, art. 354. L'affaire ainsi transmise au tribunal n'est pas l'objet d'une délibération publique ; elle est examinée en la Chambre du conseil, sans formalités de procédure ni échange de conclusions. Cependant les intéressés, c'est-à-dire les membres de la famille de l'adoptant et de l'adopté ont évidemment le droit d'adresser leurs observations au procureur impérial[3]. Le tribunal doit simplement vérifier : 1° si toutes les conditions de la loi sont remplies ; 2° si la personne qui se propose d'adopter jouit d'une bonne réputation. Après s'être procuré les renseignements convenables, et avoir entendu le procureur impérial, le tribunal prononce sans énoncer de motifs[4], en ces termes : *Il y a lieu*, ou *Il n'y a pas lieu à l'adoption*, art. 355, 356.

Dans le mois qui suivra le jugement du tribunal de première instance[5], ce jugement doit être, sur la poursuite de la partie la plus diligente, et dans l'hypothèse où les parties seraient toujours dans l'intention de donner suite à l'affaire, soumis à la Cour impériale, soit que le jugement ait accueilli l'adoption, soit qu'il l'ait repoussée. La Cour impériale instruira dans les mêmes formes que

[14] [La règle qui défend l'adoption d'une même personne par plusieurs est applicable même dans l'adoption privilégiée ou rémunératoire dont il sera question *infrà*, sect. 2, Toullier, 2, n. 990; Demolombe, 6, n. 70. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 344.]

[1] Cependant il ne faudrait pas regarder une adoption comme nulle par ce seul fait que les parties auraient comparu par un fondé de pouvoirs, Delvincourt, sur l'art. 353; [Duranton, 3, n. 297; Demolombe, 6, n. 88; Bruxelles, 22 avril 1808. — *Contrà*, Grenier, n. 18; Odilon Barrot, n. 52. — Cette dernière opinion nous paraît préférable : l'art. 353 veut que les parties se présentent *en personne*. Si l'une d'elles était dans l'impossibilité de se présenter, le juge de paix devrait se rendre à son domicile.]

[2] Ce délai n'est pas de rigueur, Obs. du Trib. sur les art. 353, 354; [Maleville, 1, p. 356; Toullier, 7, n. 503; Riffé, p. 67; Demolombe, 6, n. 98. V. cependant Toullier, 2, n. 1002.]

[3] [Locré, 6, p. 570; Demolombe, 6, n. 94.]

[4] Ce jugement aussi est prononcé en Chambre du conseil, Locré, sur l'art. 356. [Il y aurait nullité s'il était prononcé en audience publique, Douai, 9 août 1839, Dalloz, 40, 2, 27; Delvincourt, 1, p. 418; Bioche, *Dict. de proc.*, v° *Adoption*, n. 18; Demolombe, 6, n. 92.]

[5] Ce délai n'est pas de rigueur, Maleville, sur l'art. 357. V. *sup.*, note 2.

le tribunal de première instance; elle soumettra les questions résolues à un nouvel examen; elle prendra les renseignements nécessaires, et, le ministère public entendu, elle prononcera également sans énoncer de motifs : *Le jugement est confirmé*, ou *le jugement est réformé; en conséquence il y a lieu* ou *il n'y a pas lieu à l'adoption*, art. 357.

Si la Cour admet l'adoption[6], l'arrêt sera prononcé à l'audience[7] et affiché en tels lieux et en tel nombre d'exemplaires que la Cour jugera convenable, art. 358. Dans les trois mois qui suivront l'arrêt, l'adoption sera inscrite, à la réquisition de l'une ou de l'autre des parties, sur les registres de l'état civil du lieu où l'adoptant sera domicilié[8]. L'adoption restera sans effet si elle n'a été inscrite dans ce délai.

Cependant les parties, dans ce cas, comme dans celui où l'adoption n'a pas été admise, peuvent reproduire leur demande[9].

Du reste, l'officier de l'état civil n'est tenu d'obtempérer à la réquisition des parties de recevoir l'acte d'adoption et de l'inscrire sur le registre de l'état civil[10], que sur le vu d'une expédition en

[6] Le tribunal de première instance et la Cour impériale prononcent moins comme tribunaux que comme jury ou comme juridiction administrative. Aussi le recours en cassation n'est-il point ouvert quant au fond contre l'arrêt d'une Cour qui a refusé d'admettre l'adoption, Cass., 14 nov. 1815. [Mais il peut être attaqué pour vice de forme, Demolombe, 6, n. 100.] Delvincourt va donc trop loin lorsqu'il prétend, sur l'art. 358, qu'il n'y a jamais lieu au pourvoi en cassation en matière d'adoption. V. Grenier, n. 22; Toullier, 2, n. 1019. — Un jugement ou arrêt d'adoption peut-il être attaqué par tierce opposition? [V. sur toutes ces questions, *inf.*, § 177.]

[7] Il en est autrement lorsque la Cour rejette : jusqu'à l'arrêt d'admission, la procédure doit rester absolument secrète, Locré, sur les art. 356, 357. [V. *sup.*, note 4. — L'arrêt qui déclare qu'il y a lieu à l'adoption peut être rendu en audience solennelle, Cass., 24 août 1852, S. V., 53, 1, 17.]

[8] [L'inscription doit contenir à la fois l'acte d'adoption reçu par le juge de paix, et l'arrêt qui l'admet : ces deux actes se complètent l'un par l'autre. V. Toullier, 1, p. 463, et Demolombe, 6, n. 105. Toutefois l'omission de l'un ou de l'autre ne serait pas une cause de nullité, Cass., 23 nov. 1847, S. V., 48, 1, 58. — D'après une formule adressée par le gouvernement aux officiers de l'état civil, en exécution d'un avis du 12 therm. an XII, l'officier de l'état civil, les deux parties étant présentes, devrait prononcer l'adoption, au nom de la loi : l'art. 359 n'exige rien de semblable.—Il a été jugé que l'adoption est nulle lorsqu'au lieu d'avoir été inscrite sur les registres de l'état civil du domicile de l'adoptant, elle l'a été sur ceux du domicile de l'adopté; alors même que l'adoptant et l'adopté étaient domiciliés dans le même arrondissement et dans des cantons voisins, mais dans des communes différentes, Montpellier 19 avril 1842, S. V., 42, 2, 345. Cette décision, quoique rigoureuse, est juste. Il faut non-seulement une inscription, mais une inscription régulière. Demolombe, 6, n. 108. V. cependant Dalloz, n. 163.]

[9] Duranton, 3, n. 303. On ne peut appliquer à une déclaration rendue sur l'admissibilité d'une adoption les principes qui régissent la force de la chose jugée par décision judiciaire. [V. *sup.*, note 6], et Cass., 24 août 1831, S. V., 31, 1, 321, et Lyon, 6 fév. 1833, S. V., 33, 2, 214. [V. aussi Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, § 10; Duranton, 3, n. 329; Demolombe, 6, n. 122.] Comme cette déclaration ne contient point de motifs, on peut toujours présumer que l'adoption est redemandée pour de nouveaux motifs et dans des circonstances nouvelles.

[10] D'après la formule adressée aux officiers de l'état civil, deux témoins doi-

forme de l'arrêt de la Cour, qui doit lui être remise au préalable, art. 359.

Si l'adoptant vient à mourir [11] après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et porté devant les tribunaux [12], mais avant que ceux-ci eussent définitivement prononcé, l'instruction sera continuée et l'adoption admise, s'il y a lieu [13]. Cependant les héritiers de l'adoptant pourront, dans ce cas, s'ils croient l'adoption inadmissible, remettre au procureur impérial tous mémoires et observations à ce sujet [14], art. 360.

§ 177. *Du droit des héritiers de l'adoptant d'attaquer l'adoption.*

Le Code civil ne s'explique nulle part sur le droit des héritiers de l'adoptant d'attaquer une adoption consommée contrairement aux dispositions de la loi, § 175 et 176. On s'est demandé dès lors si ces héritiers avaient ce droit, et cette question a été très-diver-

vent également assister à la rédaction de cet acte. [Mais l'omission de cette prescription administrative ne saurait être une cause de nullité, pas plus que l'omission des formalités ordinaires des actes de l'état civil, Cass., 23 nov. 1847, S. V., 48, 1, 58.]

[11] [Naturellement ou civilement, ou à tomber en démence, Marcadé, sur l'art. 360; Demolombe, 6, n. 117.]

[12] [C'est-à-dire remis au procureur impérial.] Par conséquent, si l'adoptant décède avant l'accomplissement de cette formalité, le projet d'adoption doit être considéré comme non avenu, Maleville et Delaporte, sur l'art. 360; [Grenier, n. 24; Duranton, 3, n. 302; Marcadé, sur l'art. 360.]—*Contrà*, Delvincourt, selon lequel ces mots *et portés devant les tribunaux*, doivent être regardés comme une simple énonciation et non comme l'expression d'une condition nécessaire. [Telle est aussi l'opinion de Demolombe, 6, n. 118. Dans ce système, le contrat d'adoption serait parfait dès qu'il serait reçu par le juge de paix, et l'instruction pourrait être poursuivie, bien que l'adoptant fût décédé avant que les tribunaux en eussent été saisis. Cette opinion ne nous paraît pas devoir être suivie. Sans doute, absolument et théoriquement parlant, le contrat est parfait entre les parties quand toutes les deux ont consenti devant le juge de paix, l'une à adopter, l'autre à être adoptée. Mais la loi pouvait, sans doute, déterminer à quelle condition, en cas de mort de l'adoptant, l'adopté pourrait poursuivre devant les tribunaux la consommation du contrat; et c'est ce qu'elle a fait dans l'art. 360, en disposant que si l'adoptant vient à mourir après que l'acte constatant la volonté de former le contrat d'adoption a été reçu par le juge de paix et *porté devant les tribunaux*, et avant que ceux-ci aient définitivement prononcé, l'instruction sera *continuée* et l'adoption admise, s'il y a lieu. Or, à moins d'effacer successivement tous les mots de cet article, et de le réputer non écrit, il faut reconnaître que le décès de l'adoptant, avant que les tribunaux aient été saisis, rend impossible toute poursuite ultérieure. — Remarquons que l'art. 360 ne parle que du décès de l'adoptant, et non du décès de l'adopté; d'où il faut conclure que le décès de l'adopté terminerait tout et qu'il n'y aurait lieu, en aucun cas, de poursuivre l'adoption: les principes auraient pu conduire à une autre solution; mais l'article est là, Demolombe, 6, n. 119. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 360.]

[13] L'adopté, par conséquent, peut requérir l'inscription, surtout si l'adoptant décède après l'arrêt définitif.

[14] [Mais il ne résulte pas de là que l'affaire cesse d'être administrative pour devenir contentieuse, Demolombe, 6, n. 110. — *Contrà*, Grenier, n. 22, et Merlin, *Quest.*, vº *Adoption*, § 11, n. 2, qui accordent, dans ce cas, aux héritiers de l'adoptant, le droit de se pourvoir en cassation contre l'arrêt qui admet l'adoption. V. aussi Demante, 1, n. 349.]

sement résolue par les commentateurs du Code[1]. Les principes de l'autorité de la chose jugée n'étant pas applicables aux jugements qui statuent sur l'admissibilité d'une adoption, V. § 176, notes 6 et 9, nous croyons devoir accorder la préférence à l'opinion qui reconnaît ce droit aux héritiers de l'adoptant, lorsque l'adoption a été prononcée contrairement aux dispositions qui régissent la matière.

§ 178. *A quelle époque commencent les effets de l'adoption. — Irrévocabilité de l'adoption.*

L'adoption n'est consommée que par l'inscription sur les registres de l'état civil[1], art. 359, arg. 358, 359. Les deux parties peuvent

[1] Ces différentes opinions ont été très-bien développées par Duranton, 3, n. 329 et s. V. aussi Delvincourt, 1, p. 254; Toullier, 2, n. 1018. [Il est constant que du vivant de l'adoptant ses héritiers ou ses parents ne peuvent demander la nullité de l'adoption, Grenoble, 22 mars 1843, S. V., 43, 2, 505; Demolombe, 6, n. 211. — Mais, après son décès, elle peut être attaquée par ses héritiers ou légataires, non par des moyens tirés du fond et qui tendraient à établir qu'il n'y avait pas lieu d'admettre l'adoption, mais par des moyens tirés de l'inobservation des formalités prescrites, de l'incompétence du juge, ou de l'incapacité des parties. V. les conclusions de M. le procureur général Dupin, S. V., 41, 1, 273. Et comme le jugement et l'arrêt qui interviennent pour décider qu'il y a lieu ou qu'il n'y a pas lieu à l'adoption n'ont rien de contentieux et ne sont que des décisions d'administration judiciaire, il en résulte qu'il n'y a lieu de les attaquer ni par appel, ni par tierce opposition, ni par requête civile, ni par voie de recours en cassation; mais que la nullité de l'adoption doit être demandée par voie d'action principale devant le tribunal de première instance du domicile de celui contre qui elle est formée, Delvincourt, 1, p. 418; Duranton, 3, n. 331; Merlin, *Rép.*, v° *Adopt.*, § 11; Demante, 2, p. 534; Odilon Barrot, n. 83; Gilbert, *Cod. ann.*, sur l'art. 343, n. 24; Marcadé, sur l'art. 360; Demolombe, 6, n. 187. V. en sens divers les arrêts indiqués ou rapportés dans la *Table gén.* de Devilleneuve, v° *Adoption*, n. 132 et s.; dans le *Code annoté* de Gilbert, sur l'art. 343, n. 19 et s., et dans la *Jurisp. gén.* de Dalloz, v° *Adoption*, n. 153 et s. — Quant à la durée de l'action, peut-être y aurait-il lieu de distinguer entre les nullités relatives qui se prescriraient par dix ans, et les nullités absolues qui ne seraient jamais prescriptibles. V. Demolombe, 6, n. 200 et s. — V. aussi Marcadé, sur l'art. 360. — Ce qui précède, du reste, n'est relatif qu'à ce qui concerne l'action en nullité qui appartient aux héritiers. La nullité de l'adoption pourrait être aussi demandée par les père et mère de l'adoptant ou de l'adopté, et comme ils auraient pour faire prononcer cette nullité non-seulement un intérêt pécuniaire, mais aussi et surtout un intérêt moral, ils pourraient la demander du vivant même de l'adoptant ou de l'adopté, Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* — Quant au droit de l'adoptant ou de l'adopté de faire annuler l'adoption, V. le paragraphe suivant.]

[1] Ce principe est néanmoins controversé. Locré, sur l'art. 359; Duranton, 3, n. 326, sont de l'opinion suivie dans ce paragraphe. Mais selon d'autres auteurs, l'adoption doit être considérée comme consommée à partir du moment où les parties ont fait la déclaration de leur consentement devant le juge de paix, bien que subordonnée d'ailleurs à une condition résolutoire pour le cas où les tribunaux ne l'admettraient point. V. Proudhon, 2, p. 135; Delvincourt, sur l'art. 353; Toullier, 2, p. 1004 et 1010. A l'appui de notre opinion, on peut dire que c'est le tribunal qui permet l'adoption, et qu'en matière de divorce c'est également l'inscription qui le consomme. V. aussi les discussions — [Nous croyons qu'il faut distinguer : sans doute l'adoption est consommée par l'acte dans lequel le juge de paix constate les consentements réciproques, en ce sens que les deux parties sont liées l'une à l'autre, et que l'une ne peut se dégager si l'autre n'y consent pas; mais elle n'est pas consommée, en

jusqu'à ce moment, retirer le consentement qu'elles ont donné à l'adoption. Les effets de l'adoption ne commencent donc que du moment de l'inscription sur les registres de l'état civil. V. cependant l'article 360. Mais du moment où l'adoption a été consommée par cette inscription, elle devient irrévocable, même pour cause d'ingratitude de l'adopté[2], et bien qu'il ait encouru l'exclusion de la succession de son père adoptif, pour cause d'indignité. Sa position, dans ce cas, ne diffère pas de celle de l'enfant légitime[3].

§ 179. *Effets de l'adoption.*

L'adopté reste dans sa famille naturelle. Ses père et mère naturels conservent sur lui tous les droits qui leur appartiennent, comme s'il n'y avait pas eu d'adoption. De même tous les autres rapports juridiques, par exemple ceux concernant le droit d'hérédité, qui dérivent pour l'enfant de sa qualité originaire de membre de cette famille, continuent de subsister sans altération[1].

L'adoption ne crée des droits et des obligations qu'entre l'adoptant et l'adopté. Ainsi la famille du premier et la famille du second

ce sens que d'un commun accord elles ne puissent pas se départir de leurs consentements respectifs et tenir le tout pour non avenu. Il est évident, en effet, qu'à toutes les périodes de l'affaire il leur est permis de se désister, soit en ne saisissant pas le tribunal dans les dix jours qui suivent l'acte d'adoption, soit en ne saisissant pas la Cour impériale dans le mois qui suit le jugement de première instance, soit en ne faisant pas inscrire l'arrêt de la Cour impériale dans les trois mois qui le suivent. V. Marcadé, sur l'art. 360.]

[2] Locré, sur les art. 347 et s.; Delvincourt, sur l'art. 359; Duranton, 3, n. 326. — *Contrà*, Toullier, 2, 1018. De l'irrévocabilité de l'adoption il suit qu'elle ne peut avoir lieu, *ex die vel in diem*, *vel sub conditione*. [Dans le sens de l'irrévocabilité qui aujourd'hui n'est pas contestée, V. Marcadé, sur l'art. 360, et Demolombe, 6, n. 127 et s. — Mais de ce que l'adoption est irrévocable, il n'en résulte pas qu'elle ne puisse être annulée sur la demande de l'adopté ou de l'adoptant, par exemple pour défaut de consentement, pour dol, erreur, violence ou omission des formalités prescrites par la loi, Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, 6, n. 210.]

[3] [Il ne peut en effet se trouver dans une position meilleure que l'héritier légitime. V. art. 727; Marcadé, sur l'art. 360.]

[1] [Il a été jugé, par application de cette règle, que l'adopté a le droit de cumuler, dans la succession de l'adoptant, les droits successifs qui lui appartiennent comme enfant adoptif, et ceux qu'il tient d'une institution d'héritier faite en faveur de certains parents de l'adoptant, au nombre desquels il se trouve; qu'ainsi le neveu adopté par un oncle qui a d'ailleurs légué la portion disponible de ses biens à ses neveux et nièces, a le droit de recueillir dans la succession de cet oncle tout à la fois la réserve qui lui appartient comme enfant adoptif, et sa part dans le legs fait aux neveux et nièces, Nancy, 4 août 1829; Cass., 24 août 1831, S. V., 31, 1, 321. Mais l'opinion contraire nous paraît préférable. Si l'adopté reste dans sa famille naturelle et y conserve ses droits, cela n'a pas lieu en ce qui concerne les rapports de famille qui, avant l'adoption, existaient entre l'adopté et l'adoptant, rapports que l'adoption a précisément pour but de changer : le neveu adopté par l'oncle cesse d'être neveu pour devenir enfant adoptif, et les droits qu'il acquiert en cette dernière qualité effacent ceux qui pouvaient résulter de la première, Demolombe, 6, n. 134. — V. cependant *sup.*, § 51, n. 3.]

demeurent étrangères l'une à l'autre. V. cependant l'article 348, le § 158, et *inf.*, dans ce paragraphe, ce qui est relatif au droit de succession des descendants de l'enfant adoptif.

Entre l'adoptant et l'adopté, l'adoption n'a pas les mêmes effets juridiques que la naissance et la filiation naturelles et légitimes; elle ne produit que quelques-uns seulement de ces effets[2], art. 348-350, à savoir les effets suivants :

1° L'adopté prend le nom de famille de l'adoptant, et le joint à son nom propre[3], art. 347.

2° L'adoption constitue un empêchement de mariage entre l'adoptant et l'adopté, et même entre leurs deux familles[4], art. 348.

3° L'adopté doit à l'adoptant respect, reconnaissance et obéissance; l'adoptant, de son côté, doit veiller aux intérêts de l'adopté, comme s'il s'agissait des intérêts de son propre enfant[5]. V. Pén., art. 248, 299, 312, 380.

4° L'adoptant est obligé de fournir des aliments à l'adopté, si ce dernier est dans le besoin, et la même obligation incombe à l'adopté, à l'égard de l'adoptant, art. 349. On doit même admettre que l'adopté est tenu de fournir des aliments à l'adoptant, conjointement avec les descendants légitimes de ce dernier, avant ses ascendants; et, dans le cas inverse, l'adoptant est tenu de la prestation des aliments avant le père légitime de l'enfant[6].

5° L'adopté a sur la succession de l'adoptant tous les droits d'un enfant né en mariage[7], et cela même dans le cas où l'adoptant laisserait d'autres enfants légitimes, nés depuis l'adoption, art. 350. Il suit de là que l'enfant adoptif exclut les ascendants et les collatéraux de son père adoptif, de la succession de celui-ci. Les ascendants n'ont même aucun droit de réserve sur cette succession[8]. L'enfant adoptif, au contraire, a, comme l'enfant légi-

[2] V. sur cette proposition, Locré et Delvincourt sur les art. 348-350; Proudhon, 2, p. 153; [Marcadé, sur les art. 347 et s.; Demolombe, 6, n. 142 et s.]

[3] Lorsque l'adoption est faite par une femme mariée ou par une veuve, l'adopté ne prend pas le nom de famille du mari, mais celui de la femme, Delvincourt, sur l'art. 347; [Toullier, 2, n. 1007; Marcadé, sur l'art. 347; Demolombe, 6, n. 145.]

[4] [V. sur ce point, au titre du *Mariage*, le § 128.]

[5] Delvincourt, sur l'art. 349; [Demolombe, 6, n. 151 et 152.]

[6] [Marcadé, sur l'art. 349; Demolombe, 6, n. 148.]

[7] Ces droits peuvent-ils être modifiés contractuellement lors de l'adoption? Pourquoi pas? [La négative nous paraît au contraire certaine. L'adoption, comme la filiation, produit des effets nécessaires qui ne peuvent faire l'objet d'une convention, et qu'on ne peut pas plus modifier dans le contrat d'adoption, qu'on ne pourrait modifier dans un contrat de mariage ceux de la filiation légitime.]

[8] Maleville, sur l'art. 345; Duranton, 3, n. 312; [Odilon Barrot, n. 67; Marcadé, sur l'art. 350; Demolombe, 6, n. 154.—Toullier, 2, n. 1011, est seul d'un avis contraire, qui ne peut se concilier avec les termes absolus de l'art. 350.]

time, un droit de réserve légale dans la succession de son père adoptif; et il a par conséquent aussi, comme l'enfant légitime, le droit de faire réduire les dispositions à titre gratuit faites par son père adoptif, jusqu'à concurrence du montant de cette réserve, lors même que ces dispositions seraient antérieures à l'adoption[9]. De même l'article 1098 est applicable au cas de mariage de l'adoptant, quand l'adopté est encore en vie[10]. Cependant les donations précédemment faites par l'adoptant ne sont pas révoquées de plein droit par l'adoption, comme pour cause de survenance d'enfants, art. 960 : la disposition de l'art. 960, constituant un *jus singulare*, ne doit pas être étendue au delà du cas qu'elle prévoit[11]. Si cependant ces donations venaient à être révoquées par suite de la naissance d'un enfant légitime, la révocation pro-

[9] Il est incontestable que l'adopté a droit à une réserve, Trèves, 22 janv. 1813; Montpellier, 8 juin 1823; Dalloz, v° *Adoption*, sect. 2. Mais presque tous les commentateurs du Code décident que l'adopté n'est pas fondé à attaquer les donations faites antérieurement à l'adoption, parce que, selon eux, l'adoption ne peut avoir aucun effet rétroactif. Delvincourt, 1, p. 413; Grenier, n. 40; Toullier, 2, n. 1011, sont de cet avis. V. aussi Duranton, 3, n. 317 et s.; Favard, v° *Adoption*, sect. 2, § 3. Quelques-uns, comme Delvincourt, vont même jusqu'à refuser absolument à l'enfant adoptif le droit de faire réduire les donations, même postérieures à l'adoption, attendu que la loi ne lui confère qu'un droit sur la succession de l'adoptant. La Cour de cassation s'est prononcée pour l'opinion que nous avons adoptée dans le paragraphe. V. Cass., 29 juin 1825. Cette opinion se fonde sur ce que l'art. 350 assimile l'enfant adoptif aux enfants nés du mariage, et qu'il ne peut être ici question d'un effet rétroactif de l'adoption, puisque l'enfant né du mariage a également le droit de faire réduire les donations faites avant sa naissance. [Cette opinion est la seule juridique, en présence de la disposition très-nette et très-précise qui donne à l'adopté sur la succession de l'adoptant les mêmes droits que ceux qu'y aurait l'enfant né du mariage, Marcadé, sur l'art. 350; Demolombe, 6, n. 158 et s.; Rouen, 27 janv. 1844, S. V., 44, 2, 534.] L'enfant adoptif a aussi par rapport aux enfants naturels que laisse l'adoptant tous les droits d'un enfant légitime.

[10] Cette conséquence est controversée. Quelques commentateurs soutiennent que l'art. 1098 n'est nullement applicable aux enfants adoptifs. V. Grenier, n. 43; d'autres admettent que l'enfant adoptif ne peut invoquer l'art. 1098 qu'à raison des dispositions à cause de mort. V. Delvincourt, sur l'art. 350. Il y a évidemment une connexité intime entre cette question et celle qui a été examinée dans la note précédente. [La solution qu'elle a reçue ici est la conséquence nécessaire de l'art. 350 et de l'assimilation, quant aux droits successifs, de l'adopté aux enfants légitimes, Demolombe, 6, n. 163. — Il suit encore de là que l'adopté, pour avoir sa réserve, peut faire réduire les avantages assurés par l'adoptant à son conjoint, soit par contrat de mariage, soit par testament, soit de toute autre manière, Cass., 26 avril 1808; Trèves, 22 janvier 1813; Paris, 26 mars 1839; Proudhon, 2, p. 140; Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, § 5, n. 1; Duranton, 3, n. 517.]

[11] [A quoi l'on peut ajouter que c'est la *survenance* d'enfant qui, aux termes de l'art. 960, révoque les donations entre-vifs, c'est-à-dire un fait qui ne dépend pas purement de la volonté de l'homme, tandis que l'adoption est un contrat qui dépend pleinement de sa seule volonté. V. en ce sens, Grenier, n. 39; Proudhon et Valette, 2, p. 223; Duranton, 8, n. 581; Merlin, *Quest.*, v° *Adoption*, § 4; Odilon Barrot, n. 71; Poujol, *Donat.*, sur l'art. 1088, n. 8; Demolombe, 6, n. 164; Cass., 2 fév. 1852, S. V., 52, 1, 178.— *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 350, 5e éd., qui dans les précédentes éditions de son ouvrage s'était prononcé dans le sens de la non-révocation; et *Consult.* du même auteur rapportée, S. V., *loc. cit.*]

fiterait également à l'enfant adoptif[12]. De même le droit de retour conventionnel, art. 951, ne cesse point par la circonstance que le donataire laisse un enfant adoptif [13], une convention de ce genre devant être interprétée d'après l'intention présumée des parties. Mais le droit de retour légal cesse par l'adoption [14], art. 747.

Le Code ne s'explique pas sur le point de savoir si les descendants légitimes de l'adopté, dans le cas, par exemple, où ce dernier décède avant l'adoptant, ont sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'ils auraient eus si l'adopté eût été l'enfant légitime de l'adoptant. En droit strict, cette question paraîtrait devoir être décidée contre les descendants de l'adopté, mais l'équité milite d'une manière évidente en leur faveur [15].

L'adoptant n'a, en cette qualité, aucun droit sur la succession de l'adopté [16], art. 352. Cependant les articles 352 et 353 contiennent une exception à ce principe, en établissant en faveur de l'adoptant un droit de retour dont il sera question au titre des *Successions*.

[12] [Demolombe, 6, n. 165.]

[13] Duranton, 8, n. 488; Favard, v° *Adoption*, sect. 2, § 3; Cass., 27 juin 1822; [Grenier, n. 32; Odilon Barrot, n. 62; Demolombe, 6, n. 169.]

[14] Chabot, *Des successions*, sur l'art. 747; Duranton, 6, n. 220; Favard, v° *Adoption*, sect. 3, § 4, n. 5; [Odilon Barrot, n. 73; Demolombe, 6, n. 168.]

[15] On peut dire que le droit de succession de l'enfant adoptif est une déviation de la règle, et par conséquent *strictissimæ interpretationis*. L'enfant adoptif et sa descendance ne sortent point de la famille à laquelle ils appartiennent par la naissance. Aussi la disposition de l'art. 1082 ne s'applique-t-elle qu'aux donations faites par des conventions matrimoniales. Mais on peut objecter, au point de vue de l'équité, qu'il y a beaucoup de dureté dans cette opinion : un enfant adoptif qui est sans fortune et qui n'a point d'autres espérances que celles de la succession de l'adoptant se marie confiant dans l'avenir ; il a des enfants, puis il meurt avant l'adoptant, et ses descendants n'auront rien. Les commentateurs sont partagés sur cette question. Quelques-uns décident en faveur des descendants de l'enfant adoptif, V. Proudhon, 2, p. 140; Toullier, 2, n. 1015; Duranton, 3, n. 314. Et c'est également en ce sens que s'est prononcée la jurisprudence, Cass., 2 déc. 1822; Paris, 27 janv. 1824. D'autres auteurs sont de l'avis opposé, V. Delvincourt, sur l'art. 350; Grenier, 2, n. 37; Favard, v° *Adoption*, sect. 2, § 9, n. 9. [V. encore dans ce dernier sens, Demolombe, 6, n. 139 et s. — Nous croyons que l'opinion qui appelle la descendance légitime de l'adopté à succéder en son lieu et place par voie de représentation aux biens de l'adoptant, est la meilleure. L'adopté est mis, quant au droit de succession, sur la même ligne que les enfants nés du mariage. Or, la représentation est une conséquence du droit de succession des enfants légitimes auxquels l'adopté est assimilé : elle est l'apanage de ce droit. Si l'enfant adoptif n'était pas représenté par ses descendants, il n'aurait pas sur la succession de l'adoptant les mêmes droits qu'un enfant légitime. V. en ce sens, Marcadé, sur l'art. 350.]

[16] Ni par conséquent aucun droit à une réserve; Grenier, n. 41. Il va sans dire que ce droit de succession ne compète pas davantage aux parents de l'adoptant, ni à ses enfants.

SECTION II. — DE L'ADOPTION PRIVILÉGIÉE.

§ 180. *Ses diverses sortes. — Circonstances particulières dans lesquelles elle a lieu.*

Les conditions ordinaires de l'adoption cessent exceptionnellement dans les deux cas suivants [qui constituent deux sortes d'adoption privilégiée : l'adoption *rémunératoire* et l'adoption *testamentaire.*]

Il y a lieu à l'adoption rémunératoire lorsqu'un individu veut adopter celui qui l'a sauvé d'un danger de mort, au péril de sa propre vie[1]. Dans ce cas, il est fait aux règles précédemment établies, relativement aux conditions de l'adoption, les exceptions, mais seulement les exceptions suivantes : 1° il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait plus de 50 ans d'âge ; il suffit qu'il soit majeur ; 2° il n'est pas nécessaire que l'adoptant ait quinze années de plus que celui qu'il veut adopter ; il suffit qu'il soit plus âgé que lui ; 3° enfin il n'est pas nécessaire que la personne qui doit être adoptée ait reçu dans sa minorité des secours et des soins de l'adoptant[2], art. 345.

Il y a lieu à l'adoption testamentaire lorsqu'un tuteur officieux veut adopter son pupille. V. § 181 et s. Le tuteur officieux peut, après avoir en cette qualité pris soin de l'enfant pendant cinq années entières[3], et dans la prévision de son décès avant la majorité de l'enfant, lui conférer l'adoption par un acte testamentaire[4]. Cette

[1] L'art. 345 dit : « Qui aurait sauvé la vie de l'adoptant, soit dans un combat, soit en le retirant de la flamme ou des flots. » Mais cette disposition est démonstrative et non limitative, [Marcadé, sur l'art. 345 ; Demolombe, 6, n. 50 et s. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 989 ; Proudhon, 1, p. 197. L'art. 345 caractérise la nature du danger qui autorise, de la part de celui qui en a été sauvé, l'adoption rémunératoire ; il faut que ce soit un danger matériel, visible, imminent. Sous ce rapport il est limitatif ; mais il n'est pas nécessaire que ce danger ait pour cause un combat, les flammes ou les flots : sous ce rapport il est démonstratif.]

[2] [Si l'adoptant est marié, il faut que son conjoint consente à l'adoption, art. 345. — L'art. 344, qui défend l'adoption d'une même personne par plusieurs, est applicable à l'adoption rémunératoire. La disposition de cet article est générale et domine tous les cas prévus par les articles suivants, Toullier, 2, n. 990 ; Demolombe, 6, n. 69 et s. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 345.]

[3] Ainsi en droit strict l'adoption est nulle si le testament a été fait avant l'expiration de ces cinq années, lors même que ces cinq années seraient révolues au moment du décès du testateur. Cependant l'opinion contraire mérite la préférence pour des raisons d'équité, Delvincourt, sur l'art. 366. Duranton, au contraire, 3, n. 306, se déclare pour la rigueur du droit. [V. dans le même sens, Demante, *Thémis*, 7, p. 149 ; Valette sur Proudhon, 2, p. 270 ; Marcadé, sur l'art. 366 ; Demolombe, 6, n. 73. Il faut que les conditions exigées se rencontrent au moment où la volonté se manifeste, pour que cette volonté soit suffisamment réfléchie. V. cependant Odilon Barrot, n. 63.]

[4] Il suffit que l'acte soit dans la forme testamentaire, par exemple, dans la forme d'un testament olographe, pour que l'adoption soit valable, lors même que l'acte ne contiendrait pas d'autres dispositions testamentaires. [C'est-à-

adoption est valable si le tuteur adoptant ne laisse pas d'enfants à son décès [5], et s'il décède [6] avant que le pupille adopté ait atteint l'âge de majorité, art. 366 et arg. de cet article.

Cette adoption est donc privilégiée à divers titres : 1° elle permet d'adopter des mineurs ; 2° l'adoptant, s'il est marié, n'a pas besoin du consentement de son conjoint [7]; 3° l'adoption, pour être valable, n'a pas besoin de l'homologation du tribunal, ni de l'inscription sur les registres de l'état civil [8]; 4° enfin cette adoption n'est irrévocable que quand, d'une part, l'adoptant persiste dans sa déclaration jusqu'à sa mort, et que, d'autre part, l'enfant a consenti à l'adoption après le décès de l'adoptant [9].

dire lors même qu'il ne contiendrait aucune disposition de biens], Duranton, 3, n. 305; [Proudhon, 1, p. 133; Demolombe, 6, n. 123 et s.]

5 Si l'adoptant laisse des enfants, l'adoption est nulle *ipso jure*. — Mais s'il lui est survenu un enfant et que cet enfant vienne à mourir avant lui, l'adoption conserve ses effets, Duranton, 3, n. 352; [Marcadé, sur l'art. 366; Demolombe, 6, n. 77.] — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1024. — [Il y a plus, lors même que le testateur aurait des enfants à l'époque de la confection du testament, l'adoption n'en serait pas moins valable, si le testateur ne laissait pas d'enfants à son décès, Marcadé et Demolombe, *loc. cit.* — *Contrà*, Odilon Barrot, n. 50; Toullier, 1, p. 468.]

6 Duranton, 3, n. 342. Cependant il se peut que l'adoption doive être maintenue, malgré le décès du tuteur depuis la majorité du pupille, comme une *hæredis institutio sub conditione ferendi nominis*. [V. Chardon, n. 85; Marcadé, sur l'art. 366; Demolombe, 6, n. 75. Selon ces auteurs, si le décès du tuteur suivait la majorité du pupille, dans un temps tellement rapproché que le tuteur ne pût pas être réputé en retard d'accomplir l'adoption contractuelle qui était dans son intention, puisqu'il n'a recours à l'adoption testamentaire que dans la prévision du cas où il ne pourrait réaliser l'adoption contractuelle, l'adoption testamentaire devrait être maintenue. Cette opinion est équitable, conforme à l'esprit de la loi, et n'est pas d'ailleurs contraire à ses termes. L'art. 366 ne dit pas en effet que l'adoption testamentaire sera nécessairement et absolument nulle si le testateur survit à la majorité du pupille; il dit seulement qu'elle a lieu dans la prévoyance du décès du tuteur avant la majorité du pupille. De là sans doute on peut et on doit même conclure que si, après la majorité du pupille, le tuteur qui survit laisse écouler un long temps sans accomplir l'adoption contractuelle, il a renoncé à l'adoption, et que l'adoption testamentaire faite sous une condition qui ne s'est pas réalisée doit être considérée comme non avenue; mais on doit en conclure aussi que s'il n'y a pas eu le temps suffisant pour accomplir l'adoption contractuelle, l'adoption testamentaire conservera ses effets. Les tribunaux apprécieront.]

7 Delvincourt, sur l'art. 366; Duranton, 3, n. 307; [Marcadé, sur l'art. 366.]

8 Delvincourt, *loc. cit.*; Proudhon, 2, n. 133; [Marcadé, sur l'art. 366; Demolombe, 6, n. 126. V. cep. Proudhon, 2, p. 209; Odilon Barrot, n. 62.]

9 Proudhon, 2, p. 134; Duranton, 3, n. 304. [La révocabilité de l'adoption est la conséquence de sa forme testamentaire. Quant à l'acceptation, elle est nécessaire, soit à cause des avantages que comporte l'adoption, soit à cause de la qualité même qu'elle confère à l'adopté. Elle devra donc être acceptée, en tant qu'avantage, par ceux qui, après le décès de l'adoptant, représentent l'adopté mineur; et ensuite par l'adopté lui-même devenu majeur, puisqu'on ne peut sans son consentement lui imposer un nom, une famille, et toutes les obligations qui en sont la conséquence, Marcadé, sur l'art. 366; Demolombe, 6, n. 80 et 125.]

CHAPITRE II.

DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

§ 181. *Du tuteur officieux.*

Le tuteur officieux est celui qui, en dehors de ses fonctions ordinaires de tuteur, a pris l'engagement d'entretenir et d'élever son pupille à ses frais, et de le mettre en état de gagner sa vie et de se suffire à lui-même, arg. art. 364, 365.

Le lien qui existe entre le tuteur officieux et son pupille était, comme rapport juridique, inconnu dans l'ancien droit français.

Les règles de l'adoption ne permettent, ainsi qu'on vient de le voir dans les §§ 175 et 180, que l'adoption des majeurs et des personnes auxquelles l'adoptant a, dans leur minorité, prêté secours et assistance pendant six ans au moins; on a introduit la tutelle officieuse dans le Code afin d'atténuer, par cette nouvelle institution, les difficultés de la condition de majorité, et d'offrir, en même temps, un moyen plus facile de satisfaire aux autres conditions de l'adoption proprement dite [1].

§ 182. *Des conditions et des formes de la tutelle officieuse.*

Tout individu, homme ou femme [1], âgé de plus de 50 ans, sans enfants ni descendants légitimes actuellement en vie [2], et remplissant d'ailleurs les conditions voulues pour gérer une tutelle, arg. art. 365, peut s'attacher un mineur par un titre légal, en devenant son tuteur officieux. S'il est marié, il ne le peut qu'avec le consentement de son conjoint, art. 361, 362.

La tutelle officieuse ne peut avoir lieu qu'au profit d'enfants âgés de moins de 15 ans, art. 364, § 1. Elle ne peut avoir lieu sans le consentement des père et mère de l'enfant, ou du survivant d'entre eux; ou, à leur défaut, du conseil de famille [3]. Si l'enfant n'a point de parents connus, il faut le consentement des admi-

[1] [La tutelle officieuse n'est pas le préliminaire indispensable de l'adoption; l'adoption n'en est pas non plus la conséquence nécessaire : c'est une facilité donnée à l'adoption, facilité qui se réalise par l'adoption testamentaire dont il a été question dans le paragraphe précédent. La tutelle officieuse produit d'ailleurs certains effets particuliers qui seront exposés dans les paragraphes qui suivent.]

[1] [Arg. art. 362; Demolombe, 6, n. 221.]

[2] *Liberi adoptivi non obstant.* On peut en effet adopter plusieurs enfants successivement.

[3] Lors même que l'enfant aurait encore des aïeuls ou aïeules.

nistrateurs de l'hospice où il aura été recueilli, ou de la municipalité[4] du lieu de sa résidence[5], art. 361.

Le même enfant ne peut avoir plusieurs tuteurs officieux, à moins qu'ils ne soient mari et femme, arg. art. 344, § 1.

Les demandes et consentements relatifs à la tutelle officieuse sont reçus par le juge de paix du domicile de l'enfant, qui dresse procès-verbal de la déclaration et de toutes les stipulations relatives aux droits et aux obligatious du tuteur officieux[6], art. 363. V. art. 364, § 2.

Il ne paraît pas nécessaire d'adjoindre un subrogé tuteur au tuteur officieux[7].

§ 183. *Des effets de la tutelle officieuse.*

Le tuteur officieux a les droits et les obligations qui dérivent de la tutelle, et il est soumis à cet égard aux mêmes dispositions légales que tout autre tuteur[1], art. 365, 370. Cependant le père et la mère de l'enfant conservent tous ceux des droits de la puissance paternelle qui peuvent se concilier avec la tutelle officieuse[2].

[4] [Par le mot *municipalité*, doit-on entendre le Conseil municipal tout entier, ou seulement le maire? Selon Marcadé, sur l'art. 361, c'est le Conseil municipal; selon Demolombe, 6, n. 219, c'est le maire. Cette dernière opinion est la nôtre : il s'agit ici d'un acte d'administration qui rentre dans les attributions du maire.]

[5] La loi n'exige pas le consentement de l'enfant, puisqu'il est encore mineur.

[6] Le juge de paix doit veiller à l'accomplissement de toutes les conditions voulues par la loi, Grenier, n. 30.— L'inscription du procès-verbal sur les registres de l'état civil n'est pas nécessaire.

[7] Duranton, 3, n. 340. Il faut autant que possible éviter ce qui peut éloigner de la tutelle officieuse, en aggravant la position du tuteur. Si toutefois l'enfant avait des biens personnels, il est hors de doute qu'un subrogé tuteur devrait lui être nommé. Selon Delvincourt, un subrogé tuteur devrait même être toujours adjoint au tuteur officieux. [V. en ce dernier sens, Magnin, 2, n. 551; Chardon, n. 72; Demolombe, 6, n. 237. Selon Marcadé, sur l'art. 370, il n'y a lieu de nommer un subrogé tuteur à l'enfant que lorsque, ayant perdu son père ou sa mère, il sera tombé en tutelle, et que le tuteur officieux sera en même temps un tuteur ordinaire. Tel est aussi notre avis : tant que le mineur n'est pas en tutelle proprement dite, le tuteur officieux ne remplit pas les fonctions ordinaires d'un tuteur, et alors les règles de la tutelle ne sont pas applicables.]

[1] Par exemple, l'enfant a une hypothèque légale sur les immeubles du tuteur officieux, Duranton, 3, n. 341; Grenier, *Des hyp.*, 1, n. 281; [Riffé, p. 97; Magnin, n. 551; Demolombe, 6, n. 236. —Nous croyons qu'il y a encore lieu de faire ici la distinction faite au paragraphe qui précède, note 7, entre le cas où le mineur est en tutelle et celui où il n'y est pas, l'administration des biens de l'enfant ne passant au tuteur officieux que si l'enfant est en tutelle, art. 365, Marcadé, sur l'art. 370.] La tutelle officieuse cesse, comme les autres tutelles, sans toutefois décharger le tuteur officieux de l'obligation de nourrir l'enfant, ainsi qu'on le verra plus tard.

[2] Le Code civil ne met pas la tutelle officieuse au nombre des causes qui font cesser la puissance paternelle, Proudhon, 2, n. 146. Les père et mère conservent donc leur usufruit légal, [Proudhon, 2, p. 145; Toullier, 2, n. 1029; Riffé, p. 96; Duranton, n. 339; Marcadé, sur l'art. 365; Demolombe, 6, n. 235.] Delaporte, sur l'art. 365, est d'un avis contraire.—Cependant on peut par des conventions particulières, lors de l'adoption du pupille, obvier à ces points

Le tuteur officieux a, en vertu de la loi, l'obligation (et c'est dans cette obligation que réside la différence entre le tuteur officieux et le tuteur ordinaire) d'entretenir et d'élever l'enfant à ses frais, et de le mettre en état de gagner un jour sa vie par lui-même[3], art. 364. Cette obligation incombe au tuteur officieux à tel point qu'il ne peut, si l'enfant a des biens ou en acquiert dans la suite, lui porter en compte la dépense faite, ou en demander la restitution. art. 365.

Le Code contient en outre, au sujet de cette obligation, qui peut d'ailleurs être définie plus exactement et même restreinte par les convention des parties, art. 363 et 364, les dispositions suivantes :

1° Si le tuteur officieux vient à mourir pendant la minorité de l'enfant, et sans l'avoir adopté par son testament, V. § 180, il doit être pourvu à l'entretien de l'enfant jusqu'à sa majorité, sur la succession du tuteur officieux, dans la mesure du strict nécessaire[4]. Le mode et la dépense de cet entretien doivent être réglés à l'amiable entre les parties, et, au besoin, judiciairement, à moins que des conventions particulières n'aient été arrêtées à cet égard, à l'origine de la tutelle officieuse, art. 367.

2° Si le pupille, dans les trois mois à dater du moment où il a atteint sa majorité, a requis le tuteur officieux de l'adopter[5], et si cette réquisition est restée sans effet, soit que le tuteur officieux ne puisse adopter l'enfant, soit qu'il ne le veuille pas[6]; et si, d'un autre côté, l'enfant n'a pas été mis en état de gagner sa vie[7], le

de contestation et à d'autres analogues. Non-seulement le Code civil permet de faire des conventions pareilles, art. 363 et 364; mais elles sont tout à fait dans son esprit et elles doivent être appréciées et interprétées moins d'après le droit commun que suivant l'esprit particulier de l'institution.

[3] Cette obligation ne s'étend point aux frais occasionnés par l'administration des biens personnels de l'enfant.

[4] Il lui est dû des moyens de subsister. Si donc l'enfant possède des biens personnels et que ces biens suffisent à son entretien, la disposition de l'art. 367 n'est point applicable, Locré et Delvincourt, sur l'art. 367; [Demolombe, 6, n. 250.— *Contrà*, Maleville, sur l'art. 369.] Mais l'enfant ne perd point son droit à des moyens de subsistance par cela seul qu'il lui a été fait un legs par son tuteur officieux, Nancy, 4 août 1829; Cass., 24 août 1831, S. V., 31, 1, 321; [Chardon, n. 78.—Il nous semble au contraire que si ce legs donne au pupille des moyens d'existence, il n'a pas droit à autre chose.]

[5] Si donc l'enfant a laissé passer ces trois mois sans requérir son adoption, le tuteur officieux se trouve déchargé de l'obligation. [C'est-à-dire que, faute d'avoir fait sa réquisition dans les trois mois, le pupille se trouve déchu de tout droit à une indemnité; mais s'il a fait cette réquisition dans le délai, son action en indemnité dure trente ans, Locré, sur l'art. 369; Proudhon, 2, p. 147; Toullier, 2, n. 1035; Demolombe, 6, n. 250.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 369, selon lequel le délai de trois mois ne serait pas fatal. V. aussi en ce sens, Valette sur Proudhon, 2, p. 232; Duvergier, sur Toullier, 2, n. 1045.]

[6] [Peu importe que le refus du tuteur soit volontaire ou involontaire.] Obs. du Trib., et Locré sur l'art. 369; Toullier, 2, n. 1034; Proudhon, 2, p. 147; Marcadé, sur l'art. 369; Demolombe, 6, n. 241.]

[7] Aucune indemnité n'est due si l'en-

tuteur officieux peut être condamné [8] à indemniser l'enfant de l'incapacité dans laquelle il se trouve de pourvoir à son existence. Cette indemnité se résout dans l'obligation imposée au tuteur officieux de fournir à l'enfant les moyens dont celui-ci a besoin pour commencer une industrie, sans préjudice des conventions arrêtées à l'origine de la tutelle officieuse, qui doivent avant tout être également observées en ce qui concerne cette indemnité, art. 369. Du reste, l'obligation de l'indemnité dont il s'agit, en tant qu'elle se présente comme une conséquence des dispositions de l'article 369, doit être considérée comme une charge de la succession du tuteur officieux [9].

Si le tuteur officieux veut adopter et adopte l'enfant, après que celui-ci a atteint l'âge de majorité, cette adoption doit être en tous points appréciée suivant les principes déjà établis au sujet de l'adoption de droit commun [10], art. 368.

TITRE IX.

DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

Articles 371 à 387.

SOMMAIRE.

fant est empêché par maladie ou par sa faiblesse physique de gagner lui-même sa vie.

[8] Selon les circonstances, c'est-à-dire lorsqu'une faute peut être imputée au tuteur officieux, mais non lorsque l'enfant, ayant manqué d'application, ne peut qu'imputer à lui-même de n'avoir pas su profiter des soins dont il a été l'objet, Delvincourt, sur l'art. 369; Proudhon, 2, n. 148; Favard, v° *Tutelle offic.*, § 8; [Demolombe, 6, n. 251.]

[9] Toullier, 2, n. 1037; [Marcadé, sur l'art. 369.]

[10] Ainsi, lorsqu'un époux a pris la tutelle officieuse d'un enfant et qu'il veut ensuite l'adopter, le consentement de l'autre époux redevient nécessaire, Obs. du Trib. sur l'art. 368; [Demolombe, 6, n. 253.] Grenier, n. 33, est d'un avis différent.

§ 184. *Définition de la puissance paternelle.*

La puissance paternelle, dans son acception la plus étendue, comprend tous les droits qui appartiennent aux père et mère sur leurs enfants ou sur les biens de leurs enfants. Dans un sens plus restreint, la puissance paternelle s'entend du devoir et du droit des père et mère d'élever leurs enfants, c'est-à-dire de les mettre en état de tirer parti des moyens et des talents dont ils ont en eux le principe, et dont ils apportent le germe en naissant, et d'en faire un usage aussi bien entendu, aussi légal et aussi méritoire que possible [1], arg. art. 372. En ce dernier sens, la puissance paternelle comprend tous les droits, mais rien que les droits, qui sont ou essentiellement inhérents à l'éducation des enfants, ou que la loi y a rattachés et qui cessent à leur majorité ou par leur émancipation [2].

Dans le présent titre, on traitera des droits des père et mère sur leurs enfants légitimes en général, c'est-à-dire de leurs droits tant sur la personne que sur les biens de leurs enfants, ou de la puissance paternelle dans son acception la plus large, mais en

[1] V. les motifs du titre 9, liv. 1er du C. Nap.

[2] [Nous ne savons trop si cette distinction est exacte, et s'il est bien vrai que la puissance paternelle dans son sens le plus restreint ne doive comprendre que le droit à l'éducation et ses conséquences, et si elle ne comprend pas aussi le droit sur les biens qu'il est impossible, pendant la minorité de l'enfant, de séparer de sa personne. Il nous semble qu'on pourrait plus naturellement distinguer, dans la puissance paternelle, deux espèces de droits, les premiers qui en découlent naturellement et immédiatement, c'est-à-dire le droit d'éducation avec ses conséquences, le droit à l'administration et à la jouissance des biens, et, comme appendice, le droit de tutelle qui n'est qu'une modification des droits d'éducation et d'administration ; les seconds qui consistent dans les droits attribués par la loi au père ou à la mère et même quelquefois aux ascendants, soit comme conséquence du respect et de la déférence que les enfants doivent à leurs parents et de l'attachement qui, dans le cœur des parents, doit survivre à leur autorité ; soit comme conséquence du droit d'administration ; soit enfin comme conséquence des devoirs de famille et du lien qui en réunit tous les membres : de là l'intervention des père et mère ou autres ascendants dans le mariage, dans l'adoption, dans la tutelle officieuse ; le droit d'accepter les donations faites aux enfants ; la réserve dans leurs successions, etc., etc. — Il sera traité dans le § 187 du droit à l'éducation ; dans le § 188, nous indiquerons les droits qui dérivent de la puissance paternelle, en renvoyant aux endroits de ce livre où il en est plus spécialement traité ; nous nous occuperons dans les §§ 189 et 190 du droit aux biens, c'est-à-dire de l'usufruit légal et du droit d'administration ; enfin, nous verrons dans le § 191 quels sont les droits que la loi a rattachés à la puissance paternelle, et qui n'y sont compris qu'en donnant à ces expressions un sens plus étendu que celui qui leur est naturellement propre.]

[illegible] [illegible] de puissance paternelle que dans [illegible]

[illegible] [illegible] *[illegible]rique de la puissance paternelle* [1].

[illegible] les principes relatifs à la puissance pa[illegible] [illegible] les mêmes dans les pays de droit écrit et [illegible] [illegible] coutumier.

[illegible] le droit écrit on suivait, mais avec quelques [illegible] [illegible] principes du droit romain. On y admettait [illegible] [illegible] paternelle dans le sens de la loi romaine, puissance [illegible] [illegible] au père et dont la mère était exclue.

[illegible] coutumier, au contraire, la puissance sur [illegible] [illegible] appartenait pas seulement au père, mais aussi à la [illegible] [illegible] le mariage, elle fût principalement exer[illegible] [illegible] cette règle du droit coutumier : *Puiss[illegible]* [illegible] [2]. La puissance attribuée au père et à la mère [illegible] coutumier différait aussi, quant à son étendue et [illegible] de la puissance paternelle du droit romain, qui [illegible] était un droit de propriété du père sur les enfants [illegible] qu'elle se fût adoucie avec le temps, le caractère [illegible] se [illegible]ssait encore jusque dans le droit de Justinien. [illegible] que le droit romain avait subies dans les pays [illegible] tendaient principalement à atténuer le caractère de [illegible] paternelle romaine.

[illegible], à l'exception toutefois de quelques-unes, qui [illegible] emprunté au droit romain la puissance paternelle ou quel[illegible] des droits dont elle se compose, n'accordaient, confor[illegible] l'ancien droit germanique, à la puissance paternelle, [illegible] nécessaire pour l'accomplissement du devoir imposé [illegible] et mère de pourvoir à l'éducation de leurs enfants et [illegible] leur avenir.

[illegible] révolutionnaires ne laissèrent subsister en cette [illegible] les règles du droit écrit, ni celles du droit coutumier, [illegible] aux père et mère une ombre de puissance sur [illegible] [illegible]roit intermédiaire, la puissance des [illegible] [illegible] à la majorité de leurs enfants, [illegible] [illegible]urs de cette époque pensaient se [illegible] [illegible] nécessités de l'état démocra[illegible] [illegible] [illegible] l'ancienne république romaine

[1] [illegible] 289; Demolombe, 6, n. 256 et s.]

[2] [V. Loisel, *Inst. coutum.*, rég. 55.]

était conçu dans un esprit bien différent : l'Etat peut se montrer d'autant moins despotique, que la puissance du père de famille est plus fortement organisée.

Le Code Napoléon est revenu au droit coutumier, en le complétant et en le modifiant par quelques emprunts faits au droit romain. Toutefois, ce n'est pas sans raison qu'on lui a reproché de ne pas avoir laissé ou imprimé à la puissance des père et mère l'étendue et la vigueur dont elle a besoin dans l'intérêt des bonnes mœurs et du droit public [3] ; d'avoir notamment fait une part trop forte à la réserve légale ; d'avoir entièrement refusé aux père et mère le droit de déshériter leurs enfants [4] ; de n'avoir pas même étendu la durée de l'usufruit légal jusqu'à la majorité des enfants, mais seulement jusqu'à leur dix-huitième année. Ces imperfections démontrent qu'en s'occupant de la puissance paternelle, les auteurs du Code n'ont pas suffisamment pris en considération le côté moral de leur tâche, ou bien ont montré pour les père et mère une défiance qui ne peut se justifier [5].

§ 186. *A qui appartiennent les droits de puissance paternelle.*

La puissance paternelle appartient tant à la mère qu'au père [1]. Cependant elle est ordinairement exercée par le père seul, pendant la durée du mariage [2], art. 148, 373, 374, 375, 384, 477.

[3] V. Locré et Maleville dans l'introduction au tit. 9, liv. 1er du C. civ.

[4] L'observation faite au Conseil d'Etat que « l'exhérédation est un principe souvent de crime et toujours de désunion dans les familles », était-elle un motif suffisant pour refuser aux père et mère le droit d'exhérédation ?

[5] [Les reproches qui, dans cette matière si délicate, ont été adressés au Code, ne sont peut-être pas tous également fondés. Les lois doivent être en harmonie avec les mœurs. Si l'esprit de famille s'est affaibli, si les liens de la famille se sont relâchés, ce n'est pas à la législation qu'il faut s'en prendre ; le désordre vient de plus loin. L'autorité des père et mère est avant tout une autorité morale ; et lorsque l'enfant ne puise pas dans son cœur le principe même de son obéissance, c'est se tromper que de croire que ce principe se trouvera d'une manière efficace et durable dans une force extérieure et coercitive. Sans doute le châtiment infligé par le père peut être une satisfaction et une vengeance pour la morale outragée ; sans doute aussi la crainte du châtiment paternel peut arrêter, à un moment donné, sur le penchant des fautes, celui qui n'a pas eu pour frein le sentiment du devoir et l'amour inné de la famille ; mais ni le châtiment, ni la crainte du châtiment ne corrigent l'enfant pervers et irrévérentieux. Il ne faut pas demander aux lois plus qu'elles ne peuvent donner : le Code a armé les père et mère ; mais ce n'est pas sa faute si ces armes sont insuffisantes et si, destinées à agir contre ceux qui ont perdu le sentiment moral, elles n'ajoutent rien à la force morale de la puissance paternelle.]

[1] [Marcadé, sur l'art. 372 ; Demolombe, 6, n. 292.]

[2] [Sans qu'il puisse y renoncer et transmettre conventionnellement à la mère une autorité dont, en sa qualité de chef de la famille, la loi et la nature lui ont confié l'exercice. Il en serait ainsi lors même que la convention porterait sur l'éducation religieuse à donner aux enfants, et aurait pour objet de la confier à la mère dont les croyances ne seraient pas les mêmes que celles du père : l'obligation qui, par une convention de cette nature, serait imposée au père de

Nous disons ordinairement, car il y a des cas dans lesquels la loi attribue, même pendant le mariage, des droits égaux à la mère et au père [3]. V. art. 151, 152, 278, 346, 361. V. aussi l'art. 148. Si le mari subit une peine qui lui fait encourir la déchéance de la puissance paternelle, Pén., art. 335 ; ou si son état mental ne lui permet pas d'exercer cette puissance [4], la mère remplace le père, même pendant le mariage [5], art. 141, 149, et arg. du même article. Du reste, les père et mère conservent les droits de puissance paternelle, même dans le cas où ils ne gèrent pas la tutelle de leurs enfants ou lorsqu'ils en ont encouru la déchéance [6]. V. cependant art. 386.

§ 187. *Des attributs essentiels de la puissance paternelle. — Droit d'éducation.—Droit de garde.—Droit de correction.*

La puissance paternelle implique essentiellement, et ce n'est, après tout, que la conséquence d'un devoir, le *droit d'éducation* des enfants. Les père et mère ont donc sur leurs enfants un droit de direction et de surveillance : c'est à eux qu'il appartient de déterminer l'instruction que leurs enfants doivent recevoir ; de leur choisir un état, de les guider, de les avertir et de les punir [1], art. 372.

s'abstenir de toute immixtion dans l'éducation religieuse des enfants, impliquerait de sa part une renonciation aux droits les plus essentiels de son autorité paternelle, Duranton, 14, n. 24 ; Marcadé, sur l'art. 1389 ; Demolombe, 6, n. 294 et 295. V. cependant Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, 1, n. 55 et s., qui, sans accorder à une pareille convention une force obligatoire absolue, pensent qu'elle devrait être prise en considération par les tribunaux. Mais c'est là un moyen terme qui n'a rien de juridique. Qu'en fait, l'autorité absolue du père puisse être tempérée, surtout en matière d'éducation religieuse, par l'intervention de la mère ; que les époux se fassent des concessions mutuelles qui sont la règle de leur conduite, tant qu'ils sont d'accord, cela se conçoit ; mais dès que cet accord cesse, et que les tribunaux sont appelés à prononcer entre des prétentions contraires, les considérations légales doivent seules conserver leur empire.] Relativement à l'influence de la séparation de corps et de biens sur la puissance paternelle, V. § 156 ; sur l'influence du divorce, V. § 147 et s.

[3] [Mais le partage d'autorité ne peut avoir lieu qu'en vertu d'un texte exprès.]

[4] [Mais il faut pour cela que le père soit interdit, ou tout au moins renfermé dans un établissement d'aliénés, par application de la loi du 30 juin 1838.] Le père conserve l'usufruit légal, malgré son interdiction, [Demolombe, 6, n. 483. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 384.]

[5] Vazeille, *Du mariage*, 2, n. 405 ; Delvincourt, 1, p. 245 ; [Valette sur Proudhon, 2, p. 245 ; Marcadé, sur l'art. 373 ; Demolombe, 6, n. 296. — *Contrà*, Proudhon, 2, p. 244 et s., selon lequel la mère n'a la puissance paternelle qu'après le décès de son mari. Mais quand le mari est dans l'impossibilité légale de l'exercer, il est naturel qu'elle soit dévolue à la mère, et c'est ce que le Code suppose, puisqu'il ne l'attribue à personne autre.] Sur l'influence de l'absence, relativement à la puissance paternelle, V. § 107.

[6] V. *inf.*, les dispositions relatives à la tutelle ; Toullier, 2, n. 1062 ; Vazeille, 2, n. 410 ; [Demolombe, 6, n. 379.]

[1] Locré, sur l'art. 474 ; Merlin, *Rép.*, v° *Education*, et v° *Puissance paternelle*, sect. 3, § 6.

Le droit d'éducation attribué aux père et mère a pour première conséquence le *droit de garde;* c'est-à-dire que les enfants ne doivent quitter la maison paternelle [2] qu'avec le consentement du père, ou, selon les cas, de la mère, à moins qu'ils n'y soient contraints par de mauvais traitements [3], ou qu'ayant accompli sa vingtième année, l'enfant ne veuille s'engager volontairement au service militaire [4], art. 374.

Afin d'armer la puissance paternelle d'une force suffisante, la loi donne aux père et mère, quand ils ont sujet d'être mécontents de la conduite de leurs enfants, le *droit de correction paternelle*, qui consiste dans le droit de les faire détenir pendant un temps déterminé [5], art. 375-381. Les parents qui veulent user de ce droit doivent, à cet effet, s'adresser au président du tribunal de première instance, dans le ressort duquel ils ont leur domicile, auquel il appartient de délivrer l'ordre d'arrestation de l'enfant. Dans certains cas, le président doit délivrer cet ordre purement et simplement, c'est-à-dire sans qu'il ait le droit ni d'examiner les motifs

[2] Les père et mère ont par conséquent une action en restitution des enfants, *Interdictum de liberis exhibendis*. V. Pén., art. 354, et *sup.*, § 133; [V. Locré, 7, p. 20; Debelleyme, *Ordonn.*, 1, p. 417; Demolombe, 6, n. 307. — Par maison paternelle, on doit entendre ici non-seulement la maison même du père, mais toute maison ou tout établissement dans lequel le père a placé l'enfant pour son éducation, son instruction ou son apprentissage. — L'enfant qui, après la mort de son père, ne serait pas sous la tutelle de sa mère, mais sous celle d'un tiers, et qui aurait ainsi son domicile de droit chez son tuteur, V. *sup.*, § 89, n'en serait pas moins tenu, par l'effet de la puissance paternelle, de résider chez sa mère, ou au lieu qu'elle lui aurait assigné, Marcadé, sur l'art. 374; Demolombe, 1, n. 359. V. au surplus, *inf.*, § 220.]

[3] [Il a été jugé que la fille mineure qui a déserté la maison paternelle, sous prétexte de mauvais traitements, ne peut être autorisée à faire preuve de ces mauvais traitements pour obtenir ensuite la faculté d'habiter une maison religieuse, et qu'elle doit être préalablement réintégrée dans la maison paternelle, Caen, 31 déc. 1811. Mais il ne faudrait pas conclure de là que l'enfant soit toujours obligé, avant de quitter la maison paternelle, à faire preuve des mauvais traitements : ces mauvais traitements peuvent être de telle nature que l'enfant ne puisse pas attendre, pour se mettre en sûreté, une preuve et une autorisation judiciaire. C'est aux tribunaux à apprécier.]

[4] V. la discussion sur l'article 374. [L'art. 374, obéissant aux nécessités de l'époque, fixait à 18 ans l'âge auquel l'enfant pouvait quitter la maison paternelle pour s'engager au service militaire. La loi du 21 mars 1832, art. 32, tout en maintenant l'âge de 18 ans pour les engagements volontaires, n'y admet les mineurs de 20 ans qu'autant qu'ils justifient du consentement de leur père, mère ou tuteur. Un décret du 10 juill. 1848, tout en abaissant à 17 ans l'âge des engagements volontaires, a maintenu les autres conditions imposées par les lois antérieures, de sorte qu'aujourd'hui, comme avant le décret, le mineur ne peut jusqu'à vingt ans s'engager sans le consentement de ceux sous la puissance desquels il se trouve placé.]

[5] Les sources auxquelles le Code civil a puisé les dispositions de la matière sont la loi 3, C. *De patriâ potestate*, et la loi du 24 août 1790, tit. 10, art. 15 et s.—Le choix du lieu où l'enfant doit être emprisonné est laissé par la loi au choix des parents et du juge, Locré, sur l'art. 376. [Aux termes de l'art. 3 du décret du 3 sept. 1807, les dames charitables, dites *du Refuge Saint-Michel*, reçoivent dans leurs maisons les jeunes filles détenues par voie de correction paternelle.]

de la requête qui lui est adressée, ni de la repousser après examen; dans d'autres cas, le président a le droit d'appréciation, et ne doit accorder ou refuser l'ordre d'arrestation qu'après examen des motifs de la demande[6]. A cette distinction s'en rattache une autre, relative à la durée plus ou moins longue de la détention. Voici comment, selon les cas, s'appliquent ces deux distinctions :

1° Si l'enfant n'est pas encore entré dans sa seizième année, le président doit, sur la demande du père, ordonner immédiatement l'arrestation de l'enfant, *sine cognitione causæ*[7]. Dans ce cas, le père ne peut faire subir à l'enfant une détention de plus d'un mois[8], art. 376.

2° Lorsque l'enfant est entré dans sa seizième année[9], qu'il est encore mineur et qu'il n'a pas été émancipé[10], le père ne peut requérir l'ordre d'arrestation qu'en faisant connaître ses motifs[11]. Le président doit alors en conférer avec le procureur impérial pour délivrer ensuite l'ordre, ou le refuser, selon qu'il le juge convenable. Dans ce cas, la durée de la détention ne peut excéder six mois[12], art. 377.

Il n'y a lieu dans aucun cas d'admettre ni formalités judiciaires ni écritures. Le seul acte écrit est l'ordre d'arrestation, qui ne doit pas d'ailleurs énoncer de motifs[13].

[6] Dans le premier cas, la demande s'introduit, suivant l'expression de Locré, sur l'art. 375, *par voie d'autorité*, dans le second cas, *par voie de réquisition*. Cette dernière expression se retrouve aussi dans les art. 381, 382. [L'une et l'autre expressions ont d'ailleurs passé dans la pratique, et rendent bien cette idée que, dans le premier cas, l'autorité du père agit sans obstacle et sans contrôle; et que, dans le second, son droit se borne à requérir et est subordonné à l'appréciation supérieure du juge.]

[7] [L'arrestation a lieu alors par voie d'autorité. Le peu de gravité de la cause alléguée, l'absence même de toute cause alléguée, ne peuvent être un motif pour le président de refuser l'ordre qui lui est demandé. La présomption est que si le père n'articule aucune cause ou n'en articule que d'insignifiantes, il en existe de suffisantes qu'il ne veut pas faire connaître. Cependant il faut rester dans les limites du raisonnable; et si l'enfant était en si bas âge qu'il y eût impossibilité de motifs pour une détention qui ne peut être employée qu'envers des individus ayant l'âge de raison, le président devrait refuser l'ordre qui lui est demandé, Marcadé, sur l'art. 376; Demolombe, 6, n. 313 et 314.]

[8] [Mais le père peut abréger la durée de cette détention, ainsi qu'il sera dit ci-après.]

[9] [Le père doit alors produire l'acte de naissance, afin que le président sache s'il doit ordonner la détention pour plus d'un mois, Debelleyme, *Ord.*, 1, p. 13; Demolombe, 6, n. 320.]

[10] Le droit de correction cesse par l'émancipation, Locré, sur l'art. 377.

[11] [Le père agit alors par voie de réquisition, et il doit par conséquent faire connaître ses motifs, puisque le président est juge de leur gravité, ainsi que de la convenance et de l'opportunité de l'arrestation.]

[12] [Mais elle peut être moindre, si le père requiert ou si le président accorde une détention de moins de six mois. Le président ne peut d'ailleurs, dans aucun cas, prononcer une détention plus longue que celle qui est demandée par le père, Demolombe, 6, n. 318.]

[13] [Cependant le président peut et doit même exiger une demande écrite; mais ce n'est pas là une écriture dans le sens que les lois sur la procédure et

Dans les deux cas, le père doit souscrire l'engagement de payer les frais d'arrestation et de pourvoir convenablement aux aliments de l'enfant [14], art. 378.

3° Le père qui a contracté un nouveau mariage ne peut jamais requérir l'emprisonnement à l'égard d'un enfant né de son premier mariage qu'en suivant la voie prescrite par l'art. 377 [15], lors même que cet enfant ne serait pas encore entré dans sa seizième année [16], art. 380.

4° La mère ne peut faire détenir l'enfant qu'après le décès du mari, et si elle n'est point remariée [17]. Elle ne peut même, en aucun cas, former la demande d'arrestation qu'avec l'assistance

l'art. 378 donnent à cette expression. — On doit d'ailleurs, autant que possible, éviter la rédaction d'un acte d'écrou constatant la remise faite de l'enfant dans la prison ou dans la maison de correction où il doit être détenu. V. Marcadé, sur l'art. 378; Demolombe, 6, n. 335.]

[14] [Régulièrement l'arrestation ne peut être ordonnée qu'autant que le père se soumet à payer les frais de l'arrestation et des aliments convenables; néanmoins, ce n'est pas là une condition absolue. L'obligation de fournir des aliments est une prescription administrative, dont par conséquent l'administration peut dispenser ceux qui sont hors d'état d'y satisfaire, Debelleyme, *Ordonn.*, 1, p. 12. — Dans tous les cas, il ne nous paraît pas résulter du texte de l'art. 378 qu'une consignation effective d'aliments doive précéder l'arrestation : une soumission préalable est suffisante, Demolombe, 6, n. 337; Marcadé, sur l'art. 378. Toutefois, l'usage de Paris est d'exiger une consignation d'avance et par mois. V. Debelleyme, *loc. cit.*]

[15] [C'est-à-dire qu'il ne peut agir que par voie de réquisition.]

[16] Mais si l'enfant a moins de seize ans, la durée de la détention reste fixée par l'art. 376. Il en est de même pour les cas des art. 381 et 382. Ces articles ne s'écartent de l'art. 376 que relativement à la manière de procéder. [L'art. 376 établit d'ailleurs, quant à la durée de l'emprisonnement, une règle basée sur l'âge de l'enfant; et une circonstance étrangère à l'âge de l'enfant, telle par exemple que le convol du père qui peut sans doute faire exiger de nouvelles garanties dans l'intérêt de l'enfant, ne peut à aucun point de vue placer l'enfant dans une position moins favorable, Debelleyme, *loc. cit.*; Marcadé, sur l'art. 380; Demolombe, 6, n. 329.] La disposition de l'art. 380 n'est pas applicable si le père remarié est redevenu veuf, [Toullier, 2, n. 1058; Proudhon, 2, p. 246; Vazeille, 2, n. 425; Marcadé, sur l'art. 380 et s. — *Contrà*, Demolombe, 6, n. 322 et s. Cette dernière opinion nous semble préférable; l'art. 380 ne fait aucune distinction, et il ne pouvait pas en faire. Quoique le père remarié soit redevenu veuf, il n'est pas, vis-à-vis de ses enfants du premier lit, dans la même position qu'avant son second mariage; il peut avoir des enfants du second lit, avoir contracté d'autres habitudes; l'influence d'une seconde femme contre laquelle l'art. 380 a voulu garantir les enfants de la première, peut lui survivre. En présence de ces éventualités, la loi ne devait donc pas retirer à l'enfant la protection exceptionnelle qu'un second mariage a rendue nécessaire. — La même question peut se présenter sur l'art. 381, relativement à la mère remariée. V. la note suivante.]

[17] Il en serait de même si le mari était interdit ou déchu de la puissance paternelle, [Vazeille, 2, p. 405; Duranton, 3, n. 358; Chardon, n. 70 et 71; Valette sur Proudhon, 2, p. 245; Marcadé, sur l'art. 381; Demolombe, 6, n. 344.] La mère remariée conserve le droit de correction, si elle conserve la tutelle des enfants du premier lit, art. 468; elle le recouvre, si elle redevient veuve, Vazeille, 2, n. 406. [Remarquons cependant, sur le premier point, que la mère conservée dans la tutelle n'a le droit de correction qu'en sa qualité de tutrice, et sous les conditions imposées au tuteur. V. *inf.*, § 220. Quant au second point, celui de savoir si, devenue veuve, elle recouvre le droit de correction, V. la note précédente.]

des deux plus proches parents de l'enfant du côté paternel [18], et de la manière indiquée par l'art. 377 [19], art. 381.

5° Le père est, dans tous les cas, c'est-à-dire même lorsque l'enfant a moins de seize ans, obligé de suivre la voie indiquée par l'art. 377, si l'enfant a des biens personnels [20] ou exerce un état [21], art. 382, § 1.

Dans ce dernier cas, l'enfant détenu peut adresser un mémoire au procureur général près la Cour impériale [22]. Celui-ci doit se faire rendre compte par le procureur impérial près le tribunal de première instance, et faire ensuite son rapport au président de la Cour impériale, qui, après en avoir donné avis au père et recueilli tous les renseignements, peut révoquer ou modifier l'ordre donné par le président du tribunal de première instance, art. 382, § 2. Cette disposition relative au droit de recours de la part de l'enfant s'applique à tous les autres cas d'arrestation [23].

[18] Si donc les parents paternels refusent leur consentement, la demande ne peut être formée, ou si néanmoins elle est formée elle doit être rejetée, Locré, sur l'art. 381. — Si l'enfant n'a pas de parents connus du côté de son père, on prend deux amis du père, Toullier, 2, n. 1037. [Si les parents paternels de l'enfant sont trop éloignés pour pouvoir se joindre à la mère, le concours de deux amis suffit et est même admis dans la pratique, Debelleyme, *Ordonn.*, 1, p. 14. — Mais s'il n'existait pas de parents paternels, le concours d'amis au lieu et place de parents serait-il nécessaire? Absolument nécessaire, non; pas plus, selon nous, que dans le cas où les parents sont éloignés. C'est seulement une garantie et un témoignage qu'il est bon de donner au président, et qu'il peut même exiger, puisque l'arrestation lui étant demandée par voie de réquisition, il peut ne l'accorder que sous les conditions qui lui paraissent nécessaires. Dans l'usage, d'ailleurs, aucune distinction n'est faite entre l'un et l'autre cas. V. Debelleyme, *loc. cit.* V. aussi Demolombe, 6, n. 351 et s.]

[19] [C'est-à-dire par voie de réquisition. Cependant, si l'enfant a moins de seize ans, la durée de la détention ne peut excéder un mois. V. *sup.*, note 16.]

[20] [V. Locré, 7, p. 36.]

[21] [C'est-à-dire s'il exerce un travail ou une industrie qui lui soit propre et qui lui rapporte des bénéfices personnels soit comme maître, soit comme employé, soit comme ouvrier.]

[22] [Ce recours n'est pas suspensif; il peut faire cesser, mais non empêcher la détention.]

[23] V. Observ. du Trib., sur l'art. 382. — Locré, sur l'art. 382, n'applique les dispositions de cet article qu'au cas où l'emprisonnement est demandé par voie de réquisition. [La discussion très-confuse qui a accompagné au Tribunat et au Conseil d'État la rédaction de l'art. 382 peut prêter des arguments à tous les systèmes. V. Demolombe, 6, n. 331, qui en conclut que le recours réglé par l'art. 382 est ouvert à l'enfant dans tous les cas, sans distinction; et Marcadé, sur l'art. 382, qui, au contraire, se fonde sur cette discussion pour n'accorder le recours à l'enfant que dans les cas prévus par l'art. 382. Ce qui résulte clairement de cette discussion, c'est que les uns donnaient à la dernière disposition de l'art. 382 une portée que les autres ne lui reconnaissaient pas. Mais à quoi s'est-on arrêté, en définitive? Si l'on s'en tient à cette circonstance que la disposition qui permet le recours se trouve, dans l'art. 382, immédiatement après celle qui règle la forme à suivre pour faire détenir l'enfant qui a des biens ou un état, on sera porté à croire que la seconde disposition de l'art. 382 ne se rapporte qu'à la première; mais si l'on considère que cette disposition est conçue dans les termes les plus généraux, qu'elle forme un alinéa distinct dans l'art. 382, qu'il n'y a d'ailleurs aucune bonne raison pour que le législateur ait accordé à l'enfant, dans un cas particulier, un recours qu'il lui aurait refusé dans les autres, on sera porté à donner à cette dis-

Nous verrons *inf.*, § 220, que le droit de requérir l'emprisonnement d'un pupille appartient également au tuteur [24].

Dans tous les cas, la personne à la réquisition de laquelle la détention de l'enfant a été ordonnée, peut à volonté, et sans avoir à solliciter un nouvel ordre [25], en abréger la durée et reprendre l'enfant. Si, ultérieurement, il tombe dans de nouveaux écarts, sa détention pourra être de nouveau requise et ordonnée, toujours conformément aux règles ci-dessus indiquées, art. 379 [26].

§ 188. *Suite. — Droits particuliers rattachés comme conséquences à la puissance paternelle.*

Des dispositions particulières attribuent aux père et mère, comme conséquences de la puissance paternelle :

1° La tutelle des enfants. V. *inf.*, § 207 ;

2° Le droit de nommer un tuteur aux enfants. V. *inf.*, § 208 ;

3° Le droit d'émanciper les enfants. V. *inf.*, § 227 ;

4° L'usufruit des biens des enfants. V. le paragraphe suivant ;

[5° L'administration, pendant le mariage, des biens personnels des enfants mineurs. V. ci-après, le § 190, et *inf.*, le § 207.]

§ 189. *Suite. — De l'usufruit légal.*

L'usufruit légal [1], ou l'usufruit des biens des enfants, appartient au père pendant le mariage [2], et à la mère après la mort du père [3].

position un sens aussi général que ses termes, et c'est ce que nous faisons.]

[24] [Sur le droit de correction à l'égard des enfants naturels, V. *sup.*, § 171.]

[25] Locré, sur l'art. 379.

[26] D'après sa rédaction, l'art. 379 ne s'appliquerait qu'au père ; mais, d'après son esprit, il s'applique aussi à la mère et au tuteur, Delvincourt, sur l'art. 379. [Il n'y a pas de raison pour refuser à la mère le droit de grâce qui est accordé au père, puisque l'enfant peut, dans tous les cas, s'en rendre également digne. — *Contrà*, Proudhon, 1, p. 247. — Il n'y a même pas de raison pour que la mère ne puisse exercer ce droit de grâce qu'avec le concours de deux parents, comme lorsqu'il s'agit d'obtenir l'ordre d'arrestation. Les précautions que la loi a dû prendre, quand il s'agit d'une mesure de rigueur, ne sont pas également nécessaires quand il s'agit de faire cesser cette mesure, Valette sur Proudhon, 2, p. 247 ; Debelleyme, 1, p. 14 et s. ; Demolombe, 6, n. 356. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 379.]

[1] Ce droit a pris la place de l'usufruit qui s'attachait à la garde noble et bourgeoise de l'ancien droit. V. Coutume de Paris, art. 265 et s.; Pothier, *Traité de la garde noble et bourgeoise*; [Denizart, v° *Garde noble*]; Proudhon, *De l'usufruit*, 1, n. 133 et s.; Merlin, *Rép.*, v° *Usufruit paternel*; [Demolombe, 6, n. 459 et s.] La doctrine du droit romain *de peculio filiorum familias* est inconnue en droit français. Les enfants en puissance paternelle peuvent acquérir et posséder, comme *homines sui juris*, des biens non soumis à l'usufruit des père et mère. V. *inf.*, dans ce paragraphe.

[2] « Le père, durant le mariage, et, après la dissolution du mariage, le survivant, etc. » Il résulte de ces expressions que l'usufruit légal n'appartient pas aux père et mère des enfants naturels. V. § 171, note 10.

[3] [Si le père était déchu de la puissance paternelle par suite d'une con-

Cette jouissance ne dure, pour l'un et pour l'autre époux, que jusqu'à ce que l'enfant ait accompli sa dix-huitième année[4]; si l'enfant vient à décéder avant d'avoir atteint cet âge[5], l'usufruit s'éteint par sa mort[6], art. 384.

L'usufruit des père et mère comprend tous les biens de l'enfant, excepté les gains qu'il a pu faire dans un commerce ou dans une industrie qui lui sont personnels[7], et les choses qui lui ont été données ou léguées sous la condition[8] que ses parents n'en auront pas l'usufruit, art. 387. Cependant les biens que les enfants recueillent

damnation judiciaire, Pén. art. 335, la puissance paternelle qui passerait à la mère emporterait avec elle l'usufruit légal qui est un des attributs de la puissance paternelle, Marcadé, sur l'art. 384. —*Contrà*, Duranton, 3, n. 384; Toullier, 2, n. 1024; Proudhon et Valette, 2, p. 262; Demolombe, 6, n. 484, selon lesquels l'usufruit légal cesse momentanément par la condamnation du père, et ne revit au profit de la mère que lorsque le mariage est dissous. — Si le père était dans une situation qui, tout en lui laissant les droits de la puissance paternelle, lui en enlèverait seulement l'exercice, par exemple, s'il était interdit, il conserverait l'usufruit légal, Demolombe, 6, n. 483 et 485.]

[4] On a restreint l'usufruit des père et mère à cet âge, afin qu'ils ne fussent pas détournés, par intérêt, d'émanciper l'enfant ou de consentir à son mariage !... Locré, sur l'art. 384.

[5] La mort civile est assimilée à la mort naturelle. V. Duranton, 3, n. 367; [Demolombe, 6, n. 556; Marcadé, sur l'art. 387.]

[6] Maleville, sur l'art. 387; Proudhon, 1, n. 126; Duranton, 3, n. 392. Cela est juste, puisque l'usufruit légal est la compensation des charges de l'éducation. [V. les auteurs cités à la note précédente.]

[7] Ainsi, ce que l'enfant gagne dans la maison ou l'établissement industriel du père appartient au père, Proudhon, 1, n. 149; [Demolombe, 6, n. 500. Cependant il n'est pas nécessaire, pour que les gains de l'enfant soient exclus de l'usufruit légal, qu'il demeure hors de chez son père; il suffit que son travail ou son industrie soient distincts du travail et de l'industrie du père, Proudhon, *ibid.*; Demolombe, 6, n. 499.] Le père a l'usufruit du trésor que trouverait l'enfant, Proudhon, 1, n. 150; [Duranton, 3, n. 373; Vazeille, 2, n. 445; Chardon, n. 123; Demolombe, 6, n. 505 et s. Et cela lors même que le trésor aurait été trouvé dans un bien de l'enfant qui n'était pas soumis à l'usufruit paternel, parce que ce trésor ne peut être considéré comme l'accessoire du fonds, *mêmes autorités*.]

[8] Cette condition peut encore résulter de l'ensemble des termes de l'acte, Proudhon, 1, n. 155; Paris, 24 mars 1812. [L'art. 387 porte : *sous la condition expresse*. Mais comme il n'y a pas de termes sacramentels pour l'expression de cette condition, il suffit qu'elle résulte clairement des termes employés par le disposant, Vazeille, 2, n. 448; Marcadé, sur l'art. 387; Demolombe, 6, n. 508 et s. C'est en ce sens qu'il a été jugé par l'arrêt précité de la Cour de Paris que cette condition peut s'induire de la clause d'un testament qui porte que l'exécuteur testamentaire fera l'emploi et le placement du legs jusqu'à la majorité du légataire. — Le legs d'un usufruit ou d'une rente viagère, fait à l'enfant, n'est pas exclu de l'usufruit légal par cela seul que cet usufruit légal absorbera tous les bénéfices de la disposition; il restera toujours le titre de la rente viagère ou de l'usufruit qui est la substance de la chose, et qui, à l'expiration de l'usufruit légal, seront remis à l'enfant, Proudhon, 1, n. 154; Vazeille, 2, n. 449; Demolombe, 6, n. 511. — Si un père laisse à ses enfants des biens dont il n'est que fermier, les fruits des biens affermés n'appartiennent pas à la mère en sa qualité d'usufruitière, parce que ces fruits sont l'objet des droits du fermier, et constituent la substance même de la chose appartenant aux enfants. Ces fruits doivent se capitaliser au fur et à mesure de leur échéance, et la mère n'a que l'usufruit de ce capital, Lyon, 26 avril 1822; Cass., 7 mars 1825; Duranton, 3, n. 372; Chardon, n. 158 et 159; Demolombe, 6, n. 512. — *Contrà*, Proudhon, 1, n. 367, selon lequel les fruits appartiennent à la mère.]

à titre de réserve légale ne peuvent être soustraits à cet usufruit [9]. On doit également considérer comme valable la clause qui enlèverait au père l'administration de la chose donnée ou léguée à l'enfant [10]. L'usufruit légal ne s'étend pas non plus aux biens compris dans un majorat [11].

[9] Proudhon, 1, n. 152; Toullier, 2, n. 1067; Duranton, 3, n. 376; Vazeille, 2, n. 447. — En sens contraire, Maleville, sur l'art. 387; [Valette sur Proudhon, 2, p. 264. — Nous croyons que la condition qui soustrait la réserve à l'usufruit du survivant des père et mère doit être réputée non écrite; mais il y a sur ce point plusieurs systèmes. Les uns décident que la condition de non-jouissance des choses données ou léguées ne peut s'appliquer aux biens composant la réserve légale, parce que ces biens étaient attribués par la loi même à l'enfant avant de lui être légués. V. les auteurs ci-dessus cités. — D'autres arrivent au même résultat par un autre chemin : ils considèrent la clause par laquelle le père, par exemple, dont les biens sont grevés d'une réserve légale, lègue ses biens à son enfant sous la condition que la mère survivante n'en aura pas la jouissance, comme entamant la réserve légale, en ce sens que par l'effet de cette clause la réserve n'arrive pas libre entre les mains de l'enfant, mais au contraire grevée de la condition de non-jouissance; et ils accordent à l'enfant et conséquemment à la mère le droit de demander, par voie d'action en réduction, que cette condition soit réputée non écrite, Marcadé, sur l'art. 387; Demolombe, 6, n. 513. Ce système est assurément ingénieux; mais il ne nous semble pas très-exact de dire que l'enfant a une action en réduction pour faire réputer non écrite la clause qui dispense la réserve de l'usufruit légal, et que, par suite, cette action appartient à la mère à raison des droits qu'elle a à exercer sur la réserve légale. Contre qui, en effet, l'enfant pourrait-il exercer cette action? Il ne trouverait pas d'adversaire, puisqu'il ne s'agirait pas de faire réduire un legs ou un avantage fait à un tiers, mais bien de faire disparaître la condition d'un legs avantageux ou non, fait à l'enfant lui-même. L'enfant n'ayant pas cette action en réduction, la mère ne pourrait l'avoir elle-même comme exerçant les droits de l'enfant; et cela est si vrai, que la mère qui demande son usufruit ne peut avoir d'autre adversaire que l'enfant. Ce n'est donc pas dans un prétendu droit de réduction que peut se trouver le principe du droit de la mère de faire déclarer non écrite la condition qui la prive de son usufruit sur la réserve légale de l'enfant dans la succession paternelle. Nous préférons donc, malgré la critique dont il a été l'objet, le premier système, celui qui répute cette condition non écrite parce qu'elle n'est applicable qu'aux choses données ou léguées. Sans doute le legs de la réserve légale n'est pas nul de plein droit, et sous ce rapport le réservataire à qui cette réserve est léguée ou donnée peut être considéré comme un légataire ou un donataire; mais si l'on va au fond des choses, pour en examiner la réalité, il est certain que celui à qui on lègue une chose à laquelle il avait droit, et à qui par conséquent ce legs ne donne rien, recueille la chose bien moins comme légataire qu'en vertu de son droit antérieur; par conséquent celui qui est privé de son usufruit légal sur la réserve, au moyen d'une condition apposée au legs de cette réserve, est fondé à dire qu'en réalité cette réserve n'est pas une chose léguée, et que, par suite, on doit réputer non écrite une condition à laquelle la transmission de cette chose n'était pas susceptible d'être subordonnée.]

[10] Vazeille, 2, n. 457; Cass., 11 nov. 1828. A plus forte raison peut-on demander une garantie au père pour lui laisser l'administration. V. Cass., 30 avril 1833, S. V., 33, 1, 466, et l'art. 2121. Selon d'autres auteurs, l'administration ne peut jamais être retirée au père. V. Toullier, 2, n. 1068; Merlin, *Rép.*, v° *Puiss. pat.*; Besançon, 15 nov. 1807; Caen, 11 août 1825. Enfin, selon d'autres, l'administration ne peut être retirée au père que dans des circonstances particulières, Proudhon, 1, n. 240; Duranton, 3, n. 375. Il y a moins de doute sur la validité de la clause qui retire l'administration à la mère. [V. sur ces questions, *inf.*, § 207.]

[11] Avis du Cons. d'Etat des 25-30 janv. 1811. [Les majorats ont été abolis par la loi du 7 mai 1849.]

Les charges de l'usufruit légal des père et mère sont :

1° Les charges qui pèsent sur tout usufruit[12].

2° Les frais de nourriture, d'entretien et d'éducation des enfants.— Il est vrai que l'obligation de supporter ces frais incombe déjà aux père et mère en cette seule qualité, c'est-à-dire même dans le cas où leur droit d'usufruit ne trouve aucun objet sur lequel il puisse s'exercer, art. 203. Mais la loi, en imposant de plus cette obligation aux père et mère en leur qualité d'usufruitiers, les oblige par là indirectement à régler les dépenses à faire pour l'éducation de leurs enfants sur l'importance de leur usufruit, et leur interdit en même temps de porter un jour ces dépenses au compte des enfants[13]. Par la même raison, les revenus que les parents tirent des biens de l'enfant ne peuvent être saisis par les créanciers des parents que sous la réserve de ce qui est nécessaire pour faire face aux dépenses des enfants[14].

3° Le payement des intérêts et arrérages qui viennent à échoir pendant la durée de l'usufruit[15]. V. art. 612.

[12] [Sauf toutefois l'obligation de donner caution, art. 601.]

[13] Ferrière, *Cout. de Paris*, 3, p. 998; [Marcadé, sur l'art. 385; Demolombe, 6, n. 538 et s.] Si les enfants ont des biens personnels, affranchis de l'usufruit légal, les père et mère ne peuvent faire contribuer les enfants aux frais d'éducation que dans les cas de nécessité. V. Proudhon, 1, n. 185 et s.; Duranton, 3, n. 347; Vazeille, 2, n. 460. — Les enfants ont-ils une action contre leur père et mère si ceux-ci ne leur donnent pas une éducation en rapport avec leur position? Un tiers a-t-il une action pour les frais d'éducation qu'il a pu faire? V. Ferrière, *loc. cit.*, [et *sup.*, § 131, note 30.]

[14] Proudhon, 1, n. 219; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Usufruit légal*, n. 64; Paris, 19 mars 1823; Colmar, 27 janv. 1835, S. V., 35, 2, 546. [Un arrêt de la Cour de Bordeaux juge d'une manière un peu absolue que les créanciers des père et mère ne peuvent poursuivre, sur l'usufruit légal, le montant de ce qui leur est dû, Bordeaux, 19 juin 1849, S. V., 49, 2, 681. La jurisprudence et la doctrine ne sont pas allées aussi loin : elles sont restées dans les limites du juste en ne donnant action aux créanciers des père et mère, sur l'usufruit, qu'autant que les besoins des enfants ont été satisfaits. V. les auteurs et les arrêts précités; V. aussi dans le même sens, Magnin, n. 283; Chardon, n. 109; Marcadé, sur l'art. 385; Valette sur Proudhon, 2, p. 256; *Demolombe*, 6, n. 242. Les créanciers qui ne peuvent agir ne peuvent non plus, s'ils sont débiteurs de l'enfant, opposer la compensation aux père et mère que dans les mêmes limites, Trib. de Castel-Sarrasin, 22 juin 1850, S. V., 50, 2, 417. Il a même été jugé que les créanciers de dommages-intérêts dus par le père, à raison de l'administration des biens de ses enfants, n'ont action ni sur ces biens, ni sur les revenus de ces *biens*, s'ils sont complétement absorbés par les besoins de l'enfant, Lyon, 23 juin 1849, S. V., 49, 2, 682.]—A la cessation de l'usufruit légal, les enfants peuvent-ils être personnellement actionnés à raison des dettes contractées dans leur intérêt par leurs père et mère et non payées, comme, par exemple, des frais de pension? V. Cass., 18 août 1835, S. V., 35, 1, 873. [V. *sup.*, § 131, note 30.]

[15] Et non ceux qui sont échus avant le commencement de l'usufruit légal. L'ancien droit, qui faisait peser les intérêts antérieurs sur l'usufruit légal, reposait sur des motifs aujourd'hui sans application, Duranton, 3, n. 401.—*Contrà*, Vazeille, 2, n. 438; [Proudhon, 1, n. 206; Marcadé, sur l'art. 385; Demolombe, 6, n. 544; Lyon, 16 fév. 1835, S. V., 35, 2, 310. C'est cette dernière opinion qui doit être suivie. Le payement des intérêts et arrérages échus pendant la durée de l'usufruit est une

4° Les frais de dernière maladie et les frais funéraires des personnes dont la succession est échue aux enfants [16], art. 385.

Toutes ces charges doivent être considérées comme des charges réelles de l'usufruit légal.

Indépendamment des causes d'extinction déjà indiquées, qui sont l'accomplissement de la dix-huitième année de l'enfant et son décès, l'usufruit légal prend également fin :

1° Quand l'enfant est émancipé expressément ou tacitement avant l'âge de dix-huit ans [17], art. 384 ;

2° Par le divorce, mais à l'égard seulement de celui des père et mère contre lequel le divorce a été prononcé [18] ;

3° Quand la mère contracte un second mariage, lors même

des charges auxquelles sont tenus tous les usufruitiers, et par conséquent l'usufruitier légal, aux termes du n. 1 de l'art. 385 ; si donc le n. 2 du même article met à la charge de l'usufruitier légal les arrérages et intérêts des capitaux, il a voulu dire autre chose que le n. 1, et a dû, par conséquent, vouloir parler des intérêts et arrérages échus avant l'ouverture de l'usufruit et non payés au moment de cette ouverture; cela d'ailleurs est conforme à l'ancien droit qui a fourni plus d'une des dispositions qui aujourd'hui régissent l'usufruit légal. — Nous ne croyons même pas qu'il y ait lieu de distinguer relativement aux arrérages des rentes viagères ou foncières, ainsi que le fait Proudhon, 1, n. 207, qui prétend que l'art. 385 ne s'applique qu'aux arrérages ou intérêts des *capitaux*. Le mot arrérages s'applique évidemment aux rentes qui sont, après tout, les intérêts d'un capital, Demolombe, 6, n. 545.]

[16] Maleville, sur l'art. 385; Proudhon, 1, n. 210; Toullier, 2, n. 1069; Vazeille, 2, n. 441 ; [Chardon, n. 152; Valette sur Proudhon, 2, p. 259; Marcadé, sur l'art. 385; Demolombe, 6, n. 547; Caen, 20 déc. 1840, S. V., 41, 2, 3.] D'autres auteurs rapportent la disposition aux frais de dernière maladie, etc., de l'enfant. V. Delvincourt, sur l'art. 385. L'opinion que nous admettons dans notre paragraphe a pour elle l'ancien droit, Ferrière, 1, n. 1005.—Dans les frais funéraires il faut comprendre le deuil de la veuve de celui dont l'enfant a recueilli la succession, Proudhon, 1, n. 212; Vazeille, 2, n. 442 ; [Chardon, n. 153; Demolombe, 6, n. 548.]

[17] [Si le bénéfice de l'émancipation vient à être retiré à l'enfant, l'usufruit légal renaît avec la puissance paternelle. Il est bien vrai que le père ou la mère, en émancipant l'enfant, avaient renoncé à l'usufruit, mais cette renonciation était subordonnée au fait de l'émancipation dont elle était la conséquence, de telle sorte que l'émancipation cessant, la renonciation cesse de même, Proudhon, *Des personnes*, 2, p. 267; Valette sur Proudhon, 2, p. 445; Demolombe, 6, n. 556.— *Contrà*, Toullier, 2, n. 1303; Duranton, 3, n. 396; Marcadé, sur l'art. 387.] L'art. 335 Pén. prévoit un autre cas d'extinction de l'usufruit légal. Si le père ou la mère se rendent coupables vis-à-vis d'un de leurs enfants d'excitation à la débauche, ils perdent par cela même leur droit d'usufruit légal, non-seulement vis-à-vis de l'enfant dont ils ont corrompu les mœurs, mais encore vis-à-vis de leurs autres enfants. Duranton, 3, n. 384; [Marcadé, sur l'art. 387.— *Contrà*. Magnin, 1, n. 302; Demolombe, 6, n. 361. Cette dernière opinion nous semble devoir être suivie. L'art. 335 ne prive pas le père ou la mère coupables de leurs droits et avantages sur les biens et la personne de *leurs enfants*, mais sur les biens et la personne de l'*enfant*, ce qui ne peut s'entendre que de celui vis-à-vis duquel ils se sont rendus coupables.]

[18] Cette disposition ne s'étend pas à la séparation de corps.[Le père conserve donc après la séparation de corps l'usufruit légal, bien qu'elle ait été prononcée contre lui. — Elle ne s'étend pas non plus au divorce par consentement mutuel. V. *sup.*, § 149] ; Vazeille, 2, n. 468 ; Favard, V. *Puiss. pat.*, sect. 2, § 3, n. 8 ; [Marcadé, sur l'art. 386 ; Demolombe, 6, n. 559. V. *sup.*, § 156, note 11.]

que ce mariage serait ensuite dissous par le décès du nouveau mari [19], art. 386. V. cependant art. 305 [20] ;

4° Par la renonciation du père ou de la mère à l'usufruit [21] ;

19 Proudhon, 1, n. 144; [Vazeille, §
21, n. 470; Duranton, 3, n. 386; Char-
don, n. 161; Marcadé, sur l'art. 386; De-
molombe, 6, n. 562. — Contrà, Taulier,
1, p. 496. Mais l'opinion de ce dernier
auteur ne peut pas être admise : l'art. 386
prononce contre la mère une peine qui
est encourue par le fait même du con-
vol, et sur laquelle les événements ulté-
rieurs ne peuvent par conséquent exercer
rétroactivement aucune influence. — Il
en serait de même et par le même motif
si le second mariage de la mère était dé-
claré nul : cette annulation ne ferait pas
revivre l'usufruit légal que le convol a
fait cesser d'une manière absolue et dé-
finitive, Proudhon, 1, n. 144; Marcadé,
sur l'art. 386; Demolombe, 6, n. 563. —
Contrà, Chardon, n. 160; Vazeille, 2,
n. 470, qui considèrent à tort la cessa-
tion de l'usufruit comme un des effets
civils du mariage, tandis que ce n'est
qu'une peine prononcée contre le fait
même du mariage. Duranton, 3, n. 387,
voyant aussi dans la cessation de l'usu-
fruit un des effets civils du mariage,
distingue entre le cas où la mère en se
mariant était de bonne foi, et celui où
elle était de mauvaise foi ; si elle était de
bonne foi, le mariage produisant, mal-
gré son annulation, ses effets civils, la
mère ne recouvre pas l'usufruit légal ;
si au contraire elle était de mauvaise foi,
le mariage annulé ne pouvant produire
aucun effet civil, la mère rentre dans la
jouissance de l'usufruit. Cette distinc-
tion, qui récompense la mauvaise foi et
punit la bonne foi, se réfute d'elle-même,
et suffit pour démontrer que la perte de
l'usufruit n'est pas un effet civil du se-
cond mariage contracté par la mère,
mais une peine attachée au fait même de
ce second mariage, valable ou nul, exis-
tant ou annulé. — Du reste, cette cessation
étant une peine, il faut, pour qu'elle
puisse être appliquée, que la mère soit
coupable ; si donc le second mariage était
annulé pour cause de violence exercée
sur la mère, l'usufruit renaîtrait à son
profit. Proudhon, 1, n. 144; Marcadé,
sur l'art. 386; Demolombe, 6, n. 564.]
Suivant quelques auteurs, la disposition
de l'art. 386, § 2, doit s'étendre au cas
où la mère a une mauvaise conduite no-
toire. Proudhon, 1, n. 146; Limoges,
10 juill. 1807 et 2 avril 1810; [alors
surtout qu'elle a été destituée de la tu-
telle à raison de son inconduite, Limo-
ges, 23 juill. 1824; Vazeille, 2, n. 431;
Delvincourt, 1, p. 437; Chardon, *Dol et
Fraude*, 2, n. 328.] V. en sens contraire,
Duranton, 3, n. 388; [Toullier, 2,
n. 1062; Magnin, 1, n. 307; Rolland de
Villargues, v° *Usufr. lég.*, n. 13;
Chardon, *Puiss. pat.*, n. 162 et s.;
Marcadé, sur l'art. 386; Demolombe,
6, n. 565;] Aix, 30 juil. 1813; [Be-
sançon, 1er août 1844, S. V., 46, 2,
176.] *Pœnalia non sunt extendenda.*
[Cette dernière opinion est aussi la nô-
tre. Nous croyons que la perte de l'usu-
fruit légal est une peine qui ne peut être
prononcée en dehors des cas prévus par
une disposition expresse. Toutefois, si
l'inconduite de la mère n'entraîne pas
la déchéance de son usufruit, elle peut
donner lieu de prendre telles mesures
conservatoires que les tribunaux juge-
ront convenables et opportunes. C'est en
ce sens qu'il a été jugé par la Cour de
cassation, le 19 avril 1843, que la mère
dont l'inconduite est notoire peut, lors-
qu'elle a renoncé à la tutelle de ses en-
fants mineurs, être privée, non de l'u-
sufruit légal des biens de ses enfants, mais
de la jouissance de ces biens, en ce sens
que ces biens seront administrés par le
tuteur, à la charge par lui de faire an-
nuellement compte à la mère du revenu
net, après prélèvement des charges et
des frais de nourriture, d'entretien et
d'éducation des enfants. — Ajoutons que
le père, même destitué de la tutelle, ne
peut pas plus que la mère être privé,
pour cause d'inconduite, de l'usufruit
légal. Paris, 28 déc. 1810; Bourges, 28
déc. 1812; Aix, 27 fév. 1813.] La mère
qui a perdu son droit d'usufruit légal
par un second mariage, et qui cependant
a continué les soins et dépenses d'édu-
cation de ses enfants, peut-elle leur de-
mander le remboursement de ces dépen-
ses ? Oui, s'ils avaient des revenus suf-
fisants pour subvenir à leurs dépenses,
Trèves, 20 janv. 1812; Nîmes, 1er mai
1826. Non, si leurs revenus étaient in-
suffisants, puisque dans ce cas elle est
tenue d'y contribuer dans la mesure de
ses moyens.]

20 La disposition de l'art. 386 n'est
pas applicable au cas de divorce par con-
sentement mutuel. Proudhon, 1, n. 147.

21 V. cependant art. 845 et 1167. V.
encore Toullier, 2, n. 1067; Duranton,

5° Quand y a eu communauté de biens entre les père et mère, et que l'époux survivant n'a pas fait dresser inventaire des biens de la communauté [22], art. 1442;

6° Quand le père ou la mère sont exclus d'un héritage comme indignes, et que les enfants viennent à la succession de leur propre chef. Dans ce cas, celui des père et mère qui a été exclu

3, n. 394 et 403; Cass., 11 mai 1819. [Le père et la mère peuvent renoncer à l'usufruit légal, parce que chacun peut renoncer au droit établi en sa faveur, Proudhon, 1, n. 216 et s.; Duranton, 3, n. 403; Marcadé, sur l'art. 386; Demolombe, 6, n. 587 et suiv. — Mais ils ne peuvent faire cette renonciation que lorsque l'usufruit est ouvert; ils ne peuvent y renoncer d'avance par leur contrat de mariage, l'usufruit légal résultant de la puissance paternelle, aux droits de laquelle l'art. 1388 défend de déroger par le contrat de mariage, Toullier, 12, n. 15; Bellot des Minières, 1, p. 16; Rodière et Pont, *Contrat de mar.*, n. 68; Demolombe, 6, n. 489 et suiv. — Du reste la renonciation faite par le mari ne peut préjudicier aux droits de la femme : ils s'exercent au moment où ils se seraient ouverts à son profit, si le mari n'eût pas renoncé, Marcadé, *loc. cit.*; Demolombe, 6, n. 595. — La renonciation faite par le père ou par la mère ne préjudicie pas non plus à leurs créanciers qui peuvent réclamer l'usufruit du chef de leur débiteur, Amiens, 20 août 1817; Cass., 11 mai 1819; Merlin, *Quest.*, v° *Usuf. pat.*, § 1; Magnin, *Minorités*, 1, n. 262; Marcadé, sur l'art. 386; Demolombe, 6, n. 593. — *Contrà*, Toullier, 6, n. 368; Duranton, 3, n. 394; Proudhon, 4, n. 2399. — Mais si la renonciation n'était qu'indirecte et résultait de l'émancipation, les créanciers n'auraient pas le droit de réclamer l'usufruit, parce que le droit d'émanciper ou de ne pas émanciper est attaché à la personne même du père et de la mère, et que les créanciers ne peuvent dès lors l'exercer ni directement ni indirectement, ni porter atteinte à son exercice, Toullier; Proudhon; Merlin et Magnin, *loc. cit.*; Demolombe, 6, n. 594.]

[22] [Mais cette déchéance n'est applicable qu'à la communauté légale et conventionnelle; elle est inapplicable au régime dotal et aux régimes exclusifs de la communauté. L'art. 1442 n'est relatif qu'aux effets de la dissolution de la communauté; et la peine qu'il prononce dans ce cas pour le défaut d'inventaire ne peut être étendue au défaut d'inventaire sous les autres régimes, Toulouse, 19 déc. 1839, S. V., 40, 2, 164; Proudhon, 1, n. 161 et 162; Bellot des Minières, 2, p. 84; Duranton, 3, n. 390, sur l'art. 386; Bressolles, *Rev. de législ.*, 1848, t. 2; Demolombe, 6, n. 577. — *Contrà*, Toullier, 13, n. 10; Chardon, n. 141; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, 1, n. 763 et s.; Pont, *Rev. de législ.*, 29, p. 37. — La Cour de Caen a même jugé le 7 juill. 1845 que l'art. 1442 n'était pas applicable au cas où les époux avaient stipulé une société ou communauté d'acquêts qui, d'après le contrat de mariage, ne devait comprendre que des immeubles et des rentes; cependant, il nous semble difficile d'aller aussi loin. — Il faut, au surplus, remarquer que l'art. 1442 ne fixe aucun délai pour faire inventaire. Il suit de là que si l'on peut conclure de certaines dispositions du Code, par exemple, des art. 795 et 1456, que cet inventaire doit être fait dans le délai de trois mois, on ne peut cependant en conclure que le défaut d'inventaire dans les trois mois entraîne nécessairement la déchéance de l'usufruit, quand le retard n'a causé aucun préjudice aux enfants et qu'il n'y a eu d'ailleurs aucune négligence à reprocher à l'époux survivant, Caen, 18 août 1842, S. V., 43, 2, 49; Proudhon, 1, n. 170 et s.; Bellot des Minières, 4, p. 345; Demolombe, 6, n. 573. — *Contrà*, Douai, 15 nov. 1833, S. V., 34, 2, 189; Toullier, 13, n. 17; Duranton, 3, n. 389; Chardon, n. 143.] — Le survivant qui n'a pas fait inventaire est privé non-seulement de l'usufruit des biens provenant de la communauté, mais encore de l'usufruit de tous les biens de l'enfant, Duranton, 3, n. 389; Favard, v° *Puiss. pat.*, sect. 2, § 3, n. 6; [Proudhon, 1, n. 221; Marcadé, sur l'art. 1442; Demolombe, 6, n. 580. — *Contrà*, Toullier, 13, n. 8 et 11; Chardon, n. 146.] — Si une succession échoit aux enfants, le droit d'usufruit légal ne se perd pas par le défaut d'inventaire de cette succession, [Duranton, 3, n. 390; Demolombe, 6, n. 579. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1063; Proudhon, 1, n. 168 et 169.]

ne peut prétendre à son droit d'usufruit sur cet héritage[23], art. 730;

7° Lorsque le père ou la mère ne remplit pas les obligations qui lui incombent en raison de son usufruit légal[24];

8° Enfin, par les causes qui produisent l'extinction de l'usufruit ordinaire[25]. V. les art. 617 et 618.

Les principes qui régissent l'usufruit en général sont, au surplus, également applicables à l'usufruit légal des père et mère.

§ 190. *Suite. — De l'administration des biens des enfants mineurs.*

[Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfants mineurs, à la charge de rendre compte, quant à la propriété et au revenu, des biens dont il n'a pas la jouissance; et quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit, art. 389. — V. pour le développement des règles particulières à ce droit d'administration, le titre suivant, § 207.]

§ 191. *De quelques autres droits des père et mère.*

Indépendamment des attributs essentiels de la puissance paternelle, les parents jouissent des droits suivants, qui ne sont pas limités à la durée de cette puissance :

1° L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à ses père et mère[1], art. 371.

2° L'enfant ne peut se marier sans le consentement ou sans le conseil de ses parents, suivant les cas[2]. V. *sup.*, § 128.

[23] [Les effets de l'indignité sont personnels à l'époux indigne : ainsi le père exerce son usufruit légal sur les biens d'une succession dont la mère a été exclue comme indigne; et réciproquement, la mère, mais seulement après le décès du père, exerce son usufruit sur la succession dont le père a été exclu, Proudhon, 1, n. 152; Duranton, 3, n. 377; Demolombe, 6, n. 519. — Si le conjoint de l'époux indigne était complice des faits d'indignité, il serait comme l'auteur principal privé de l'usufruit, Proudhon, 1 n. 155; Demolombe, 6, n. 518. — *Contrà*, Chardon, n. 121.]

[24] Limoges, 23 juill. 1824; Paris, 14 fév. 1832, S. V., 32, 2, 332. Cependant le cas est douteux. L'opinion que nous adoptons dans ce paragraphe a été déterminée par la jurisprudence. [V. dans le même sens, Proudhon, 4, n. 2426; Magnin, 1, n. 285. — Nous croyons devoir adopter l'opinion contraire sur ce point comme sur la déchéance pour cause d'inconduite, et par les mêmes motifs, mais avec les mêmes tempéraments, c'est-à-dire en reconnaissant aux tribunaux le droit de prendre les moyens convenables pour contraindre le père et la mère à remplir leurs obligations d'usufruitiers, Besançon, 1er août 1844, S. V., 46, 2, 176; Demolombe, 6, n. 599.]

[25] Vazeille, 2, n. 463. [En tant, bien entendu, que ces causes sont compatibles avec la nature et la durée de l'usufruit légal. V. Demolombe, 6, n. 581 et s.; et Marcadé, sur l'art. 386.]

[1] [C'est là une règle de morale sans aucune portée juridique, Marcadé, sur l'art. 371; Demolombe, 6, n. 274 et s. — V. cependant Proudhon, 1, p. 238; Duranton, 3, n. 350; Demante, 1, n. 363.]

[2] Sur le consentement dont les filles

3° Il ne peut non plus être adopté sans leur consentement, art. 346. V. aussi art. 361, et *sup.*, § 175.

4° Le père et la mère, et même tout autre ascendant, peuvent accepter une donation qui est faite à l'enfant. Ce droit appartient cumulativement à tous les ascendants sans nulle exception, de telle sorte que la mère, par exemple, peut accepter la donation même du vivant du père[3], et contre sa volonté[4]. Ce droit leur appartient lors même qu'ils n'auraient pas la tutelle de l'enfant, et, s'ils ont la tutelle, sans avoir besoin du consentement du conseil de famille[5], art. 935.

5° Les enfants doivent des aliments à leurs père et mère et autres ascendants qui sont dans le besoin. V. *sup.*, § 131.

§ 192. *Des causes d'extinction et de déchéance de la puissance paternelle.*

La puissance paternelle s'éteint :

1° Par la mort physique ou civile des père et mère ou des enfants[1], art. 25.

2° Par la majorité de l'enfant, art. 372, 377, 488.

3° Par son émancipation[2], art. 372, 377, 488. Ce qui sera dit *inf.*, § 227, de l'émancipation relativement à la tutelle, s'applique aussi aux rapports de l'émancipation avec la puissance paternelle : c'est dire que les conditions et les formes de l'émancipation sont les mêmes dans les deux cas.

La déchéance de la puissance paternelle est encourue comme pénalité, dans les cas où les lois punissent certains délits en privant le coupable des droits de la puissance paternelle[3]. V. Pén., art. 334 et s.

mineures de 21 ans ont besoin pour être admises à contracter des vœux dans une congrégation religieuse, V. le décret du 18 fév. 1809, art. 148 et s.; 159 et s. [Et sur celui dont le fils, âgé de moins de 25 ans, a besoin pour entrer dans les ordres sacrés, V. le décret du 28 fév. 1810, art. 4.]

[3] Elle n'a pas besoin d'autorisation, Duranton, 8, n. 438; Cass., 12 avril 1832, S. V., 32, 1, 458. V. *sup.*, § 134, note 35. Grenier, *Des don.*, 1, p. 183, est d'une opinion contraire. V. aussi Proudhon, 1, p. 266.

[4] Discussion sur l'art. 935. En sens contraire, Delvincourt, sur le même article. La question doit se décider suivant les circonstances. [Nous reviendrons sur ce point, *inf.*, au titre des *Donations*.]

[5] Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*; Colmar, 13 déc. 1808; Cass., 23 juin 1812. Toutefois le père n'est responsable du défaut d'acceptation d'une donation faite à l'enfant que dans le cas où il est en même temps son tuteur. Il en est de même pour la mère. [Nous reviendrons sur ce point dans le titre suivant, et *inf.*, au titre des *Donations*.]

[1] La puissance paternelle renaît par la cessation de la mort civile des père et mère ou de l'enfant, Vazeille, 2, n. 446.

[2] Aucune fonction publique n'affranchit l'enfant de la puissance paternelle ; d'ailleurs il faut en général avoir 21 ans accomplis pour pouvoir exercer une fonction de cette nature, Merlin, *Rép.*, v° *Puiss. patern.*, sect. 6, § 3, n. 3.

[3] Le père qui se rend coupable vis-à-

Bien que la loi ne prononce pas contre les père et mère la déchéance ou la privation des droits de puissance paternelle par cela seul qu'ils en abuseraient et qu'ils seraient exclus ou destitués de la tutelle de leurs enfants; bien qu'elle ne prononce pas non plus cette déchéance contre la mère qui refuse la tutelle de ses enfants, ou qui convole à un second mariage; néanmoins une puissance modératrice qui doit s'exercer dans l'intérêt des enfants paraît, dans ces divers cas, avoir été attribuée aux tribunaux [4].

Enfin, le père ou la mère peuvent aussi se trouver temporairement exclus de l'exercice de la puissance paternelle, soit en raison d'une affection mentale, soit à titre de peine, dans les cas déterminés par la loi. V. § 70.

TITRES X ET XI.

DE LA MINORITÉ ET DE LA MAJORITÉ,

OU

DES TUTEURS, CURATEURS ET CONSEILS.

—

Articles 388 a 515.

—

SOMMAIRE.

PRÉLIMINAIRES.

§ 193. — Des diverses situations dans lesquelles peuvent se trouver les hommes, relativement à leur âge et à leur capacité physique, morale ou civile. — Mineurs. — Majeurs. — Emancipés. — Interdits. — Prodigues. — Morts civilement. — Femmes.

§ 194. — Des diverses fonctions établies dans l'intérêt des incapables.

vis d'un seul de ses enfants des délits prévus par l'art. 334 Pén., perd son droit de puissance paternelle sur tous ses enfants, Duranton, 3, n. 384. [V. *sup.*, § 189, note 17.]

[4] Vazeille, 2, n. 429 et s.; 469; Merlin, *Rép.*, vº *Educ.*, § 1; [Demolombe, 6, n. 369 et s.] Delvincourt, 1, 289, va plus loin : selon cet auteur, le père éloigné ou destitué de la tutelle de ses enfants perd en même temps la puissance paternelle. [V. le titre suivant, § 207.

CHAPITRE Ier. — DE LA TUTELLE.

SECTION Ire. — *De la tutelle des mineurs.*

ARTICLE 1er. — *Notions générales.*

§ 195. — Des mineurs.
§ 196. — Des diverses espèces de tuteurs.
§ 197. — Règles spéciales à certaines tutelles.
§ 198. — Principes généraux en matière de tutelle.

ARTICLE 2. — *Du conseil de famille.*

§ 199. — De la surveillance de la tutelle.
§ 200. — Des attributions du conseil de famille.
§ 201. — De la composition du conseil de famille.
§ 202. — De la convocation du conseil de famille et du mode de ses délibérations.
§ 203. — Des pouvoirs du conseil de famille.
§ 204. — Du droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille.
§ 205. — De la responsabilité des membres du conseil de famille.

ARTICLE 3. — *Des différents modes de conférer la tutelle.*

§ 206. — Principes généraux.
§ 207. — De la tutelle des père et mère.
§ 208. — De la tutelle déférée par le père ou la mère.
§ 209. — De la tutelle légitime des ascendants.
§ 210. — De la tutelle déférée par le conseil de famille.

ARTICLE 4. — *Du subrogé tuteur.*

§ 211. — Quand y a-t-il lieu de nommer un subrogé tuteur ? — Obligation de pourvoir à sa nomination. — De quelle manière il est nommé.

ARTICLE 5. — *Du droit de gérer la tutelle et la subrogée tutelle.*

§ 212. — De la tutelle.
§ 213. — De la subrogée tutelle.

ARTICLE 6. — *De l'obligation d'accepter la tutelle ou la subrogée tutelle.*

§ 214. — De cette obligation en général.
§ 215. — Des dispenses légales.
§ 216. — Quand et devant qui les causes de dispenses doivent-elles être présentées ? — Des difficultés auxquelles peut donner lieu leur admission.

ARTICLE 7. — *Des droits et des devoirs du tuteur.*

§ 217. — A quel moment commence la responsabilité du tuteur.
§ 218. — Des droits et des devoirs généraux du tuteur.
§ 219. — Des devoirs du tuteur à son entrée en fonctions.

PRÉLIMINAIRES.

§ 193. *Des diverses situations dans lesquelles peuvent se trouver les hommes, relativement à leur âge et à leur capacité physique, morale ou civile.—Mineurs.—Majeurs.—Emancipés.—Interdits.—Prodigues.—Morts civilement.—Femmes.*

[Nous avons vu, *sup.*, § 45, que les hommes sont majeurs ou mineurs.

Le mineur est l'individu de l'un ou l'autre sexe qui n'a pas encore atteint l'âge de vingt et un ans accomplis, art. 388. Comme tel, il est incapable de la plupart des actes de la vie civile.

Le majeur est l'individu qui a atteint l'âge de vingt et un ans accomplis : à cet âge, l'homme jouit de la plénitude de sa capacité civile, sauf quelques restrictions, art. 488. V. *sup.*, § 45.

L'incapacité du mineur peut cesser avant sa minorité par l'émancipation, art. 476 et suiv.

Mais réciproquement la capacité du majeur peut cesser aussi par l'affaiblissement de ses facultés physiques et morales, et alors il tombe dans les liens de l'interdiction ou du conseil judiciaire.

Nous avons vu aussi que certaines condamnations enlèvent à l'homme, d'une manière plus ou moins absolue, sa capacité ordi-

naire en le frappant de mort civile, V. § 65 et suiv.; ou d'interdiction légale, V. § 70.

Enfin, en certains cas, les femmes mariées se trouvent, à raison de leur sexe, subordonnées accidentellement à une sorte de surveillance qui limite et circonscrit leur capacité.

Mais les personnes incapables d'exercer leurs droits ne sont pas, pour cela, généralement du moins, privées de leurs droits : la loi qui veille sur les incapables a donc institué diverses sortes de fonctions, dans le but d'exercer en leur nom les droits dont ils n'ont pas perdu la jouissance.

Les règles relatives à l'organisation de ces fonctions et à leurs attributions font l'objet des titres X et XI du Code Napoléon. Ces deux titres se trouvent ici réunis l'un à l'autre, et seront expliqués cumulativement, ainsi que quelques règles accessoires qui les complètent.]

§ 194. *Des diverses fonctions établies dans l'intérêt des incapables.*

Les personnes qui, par une cause physique ou légale, sont hors d'état d'administrer par elles-mêmes ou seules leurs affaires, sont pourvues par la loi de tuteurs, de curateurs ou de conseils. Ces diverses fonctions ont un caractère commun : elles constituent une charge publique, *munus publicum*. Mais elles diffèrent par l'étendue et la nature du pouvoir que la loi leur attribue.

Le tuteur représente la personne du mineur ou de l'interdit dans les actes de la vie civile, *tutor personæ datur*.

Les fonctions du curateur varient ; tantôt il assiste [1] une personne dans les actes juridiques qui l'intéressent, *curator minorum emancipatorum;* tantôt il représente celui dont l'existence est incertaine ou contestée, *curator absentis;* ou dont la personnalité a cessé d'être reconnue par la loi, *curator civiliter mortui*, dans les affaires de la vie civile ; tantôt il est préposé à la gestion de certains biens, *curator hæreditatis vacantis*.

Le conseil est institué pour prêter son assistance à certaines personnes pour certains actes juridiques déterminés par la loi [2].

Les mineurs et les interdits ont un tuteur, art. 390 et 505. Il arrive encore que la loi impose un tuteur ou un curateur pour

[1] Le Code se sert du mot *assistance*, qui équivaut au *consensus curatoris* du droit romain.

[2] [On le désigne assez souvent sous le nom de *conseil judiciaire*. Il est donné à une personne majeure qui, sans être en démence, est cependant reconnue incapable de contracter seule ou d'ester en justice, art. 499 et s.; ou au prodigue, art. 513 et s.; ou, en certain cas, à la veuve tutrice de ses enfants mineurs, art. 391, etc. V. *inf.*, § 246 et s.]

telle ou telle affaire déterminée, et on le désigne alors sous le nom de tuteur *ad hoc* (*scilicet negotium*)[3]. Il importe toutefois de faire observer que les textes qui statuent sur ces différents cas n'emploient pas toujours les expressions *tuteur* et *curateur* dans le sens qui leur a été donné ci-dessus. V. par exemple l'art. 2208.

CHAPITRE I.

DE LA TUTELLE.

SECTION Ire. — DE LA TUTELLE DES MINEURS.

ARTICLE 1er. — NOTIONS GÉNÉRALES.

§ 195. *Des mineurs.*

Tout mineur, c'est-à-dire toute personne[1] qui n'a pas atteint l'âge de vingt et un ans accomplis[2], est en tutelle, à moins que

[3] [Il y a encore le *curateur au ventre*, donné au cas où le mari décède laissant sa femme enceinte, art. 393; et le *cotuteur*, au cas où la veuve remariée est conservée dans la tutelle : son second mari devient alors nécessairement cotuteur et répond solidairement avec elle de l'administration de la tutelle, art. 396. V. *inf.*, § 229.]

[1] [De l'un et l'autre sexe, à la différence du cas où il s'agit de la minorité et de la majorité spéciales au mariage, art. 144 et 148.]

[2] Les 21 ans se comptent *de momento ad momentum*, L. 3, Dig., *De minor. viginti quinque annis;* par heure, et non par jour. Ainsi celui qui, d'après son acte de naissance, est né le 31 décembre 1820 à midi, est majeur le 31 décembre 1841, à partir de midi, Marcadé, sur l'art. 388. Si l'heure de la naissance n'est pas indiquée, la minorité continue jusqu'à l'expiration du jour anniversaire, Fréminville, *Traité de la minorité et de la tut.*, 1, n. 3; Marcadé, sur l'art. 388. — Autrefois la majorité était fixée à 25 ans dans la plus grande partie de la France, et cet âge est encore aujourd'hui le terme de la minorité dans plusieurs Etats de l'Europe. V. Fœlix, *Droit international privé*, p. 117, note 1, et Massé, *Droit com.*, 3, n. 75. — Par quelle loi se règle en France l'époque de la majorité de l'étranger, notamment de celui qui a été admis à y établir son domicile et à y jouir des droits civils? art. 13. La règle est que la capacité du mineur se détermine d'après le statut personnel, c'est-à-dire par la loi du lieu de sa naissance, Fréminville, *ubi sup.*, n. 4; Massé, 2, n. 59. Il suit de là, que l'étranger mineur selon la loi de son pays ne peut valablement contracter en France, bien que majeur selon la loi française, Pardessus, n. 1482; Nouguier, *Lettres de ch.*, 1, p. 475; Fœlix, p. 115; Massé, *ubi sup.* — *Contrà*, Valette sur Proudhon, 1, p. 85; Paris, 17 juin et 15 oct. 1834, S. V., 34, 2, 371 et 658. V. le Code de proc. civ. de Prusse, part. 1, tit. 1, § 5. — Le mineur étranger résidant en France doit-il être pourvu d'un tuteur? La tutelle tient, comme la minorité, au statut personnel. C'est donc par la loi du pays auquel appartient le mineur que la question doit se résoudre, Fœlix, p. 54 et 126; sauf le cas où il serait nécessaire de pourvoir à la tutelle provisoire d'un mineur étranger qui se trouverait en France sans protection, Demolombe, 1, n. 70; par exemple, qui aurait à se défendre contre une action en désaveu, ou à former une demande d'aliments contre ceux qui sont tenus de lui en fournir, Merlin, *Rép.*, v° *Légitimité*, sect. 4, § 3, p. 291. — En Angleterre, on nomme un tuteur au mineur étranger qui y possède des biens, *Law Review*, 1, p. 195, cité par Fœlix, *ubi sup.*]

ses père et mère ne soient mariés[3], et que leur mariage ne soit pas encore dissous[4]. Tant que le mariage subsiste, la puissance paternelle tient lieu de tutelle[5], art. 389. V. ci-après § 207. L'émancipation fait également exception à la règle qui met les mineurs en tutelle. V. § 227.

Le droit français n'a pas, relativement à la tutelle, suivi la distinction du droit romain[6] entre les pubères et les impubères.

§ 196. *Des différentes espèces de tuteurs.*

Les tuteurs sont ou tuteurs *sensu stricto*, tuteurs proprement dits, *tutores gerentes*, chargés exclusivement de l'administration de la tutelle ; ou subrogés tuteurs, n'ayant à s'occuper de l'intérêt du mineur qu'autant que cet intérêt peut se trouver en opposition avec celui du tuteur, art. 420.

Les tuteurs proprement dits sont ou généraux ou spéciaux. Le tuteur général représente le mineur dans tous les rapports et dans toutes les relations de la vie civile, et dans chacun d'eux en particulier[1]. Le tuteur spécial ne représente le mineur que : 1° relativement à certains droits et à certains actes : c'est le *tuteur ad hoc*, V. art. 159, 318, 838, 1055 et suiv., 2208 ; ou 2° relativement à la fortune qu'un mineur demeurant en France possède dans les colonies, ou réciproquement qu'un mineur demeurant dans les colonies possède en France. Il prend alors le nom de *protuteur*, art. 417[2].

[3] [Les enfants naturels sont donc toujours en tutelle ; s'ils n'y étaient pas toujours, ils n'y seraient jamais, puisqu'aux termes de l'art. 390, la tutelle des enfants légitimes ne s'ouvre qu'à la dissolution du mariage, circonstance qui ne peut jamais se présenter pour les enfants naturels, Demolombe, 6, n. 650 ; Marcadé, sur l'art. 390. — Nous verrons, *inf.*, § 207, si la tutelle des enfants naturels peut être légale, ou si elle est toujours dative.]

[4] [Il n'y a donc jamais de tutelle pendant le mariage ; même en cas de séparation de corps ; même en cas de séparation de biens, ou d'incapacité du père, de la mère, ou de tous les deux, de surveiller la personne et la fortune de leurs enfants. Il n'y a lieu qu'à administration, Demolombe, 7, n. 26 ; Marcadé, sur l'art. 390. V. la note suivante.]

[5] [Tant que le mariage subsiste, les enfants, bien que mineurs de 21 ans, ne sont point en tutelle quant à leurs biens personnels, s'ils en ont ; le père en est seulement l'administrateur, art. 389. Si le père est incapable, l'administration passe à la mère ; s'ils sont l'un et l'autre empêchés, il leur est donné un administrateur judiciaire, Marcadé, sur l'art. 390.]

[6] Cette distinction s'était conservée autrefois dans les pays de droit écrit, qui admettaient la tutelle des impubères et la curatelle des mineurs pubères, Maleville, *Introd.* au liv. 1, tit. 10, ch. 2, C. Nap. [V. Toullier, 2, n. 1280 et s. ; Marcadé, sur l'art. 388 ; Demolombe, 7, n. 32.]

[1] Le mot tuteur employé sans addition, soit dans le Code, soit dans cet ouvrage, désigne le tuteur général.

[2] [Lorsque la tutelle est déférée au survivant des père et mère, il n'y a pas lieu à la nomination d'un protuteur : le père et la mère investis non-seulement de la tutelle, mais encore de la puissance paternelle, qui ne peut être limitée ni restreinte par aucune volonté, ont le droit de se choisir eux-mêmes un mandataire spécial pour gérer les biens éloignés de leurs enfants, Ordonn. du 1er fév. 1743 ; Toullier, 2,

Les *tuteurs ad hoc* sont, pour ce qui concerne leurs fonctions, soumis aux mêmes principes que les tuteurs généraux chargés de l'administration. Il sera plus amplement question d'eux dans le cours de cet ouvrage, à mesure que se présenteront les circonstances dans lesquelles leur intervention est nécessaire [3].

Le protuteur (et cette expression n'a pas en droit français le même sens qu'en droit romain [4]) est entièrement indépendant du tuteur qui se trouve au domicile du mineur, et l'administration des biens qui lui ont été confiés s'apprécie d'après les mêmes principes que l'administration du tuteur général, art. 417 [5].

§ 197. *Règles spéciales à certaines tutelles.*

Les règles générales de la tutelle sont, dans certains cas, modifiées par la loi. Cela a lieu : 1° pour la tutelle des enfants d'un absent, art. 141-143, V. *sup.* les principes en matière d'absence;

n. 1123; Duranton, 3, n. 469; Marcadé, sur l'art. 417.—*Contrà*, Demolombe, 7, n. 202. — Mais il y a lieu à la nomination d'un protuteur en cas de tutelle testamentaire. L'art. 417 est général, et l'autorité du tuteur testamentaire, qui est la même que celle de tout tuteur datif, n'a rien dans sa nature qui répugne à son application, Demolombe, 7, n. 203. V. cependant Marcadé, *loc. cit.* — Le premier mourant des père et mère peut même choisir un protuteur en même temps qu'un tuteur testamentaire et dans la même forme, art. 392. 397; Marcadé, sur l'art. 417; Demolombe, 7, n. 207.— Si le mineur ne possède pas des biens à la fois en France et dans les colonies, mais s'il possède des biens en pays étranger, ce n'est pas le cas de lui nommer un protuteur pour la gestion de ces derniers biens : l'art. 417 est inapplicable. — *Contrà*, Demolombe, 7, n. 218. Le tuteur peut seulement nommer, pour les biens éloignés, un administrateur, conformément à l'art. 454. — Dans tous les cas, au surplus, où il y a lieu à la nomination d'un protuteur, cette nomination est nécessaire et forcée, de telle sorte que le conseil de famille doit y procéder sans que le tuteur ait besoin de la requérir; et que, si le tuteur la requiert, le conseil de famille ne peut s'y refuser: l'art. 417 est impératif. V. Marcadé sur l'art. 417; Demolombe, 7, n. 199. — Ajoutons que le protuteur est nommé par le même conseil de famille que le tuteur, c'est-à-dire par le conseil de famille réuni au domicile du tuteur, Fréminville, 1, n. 173; Magnin, 1, n. 494; Demolombe, 7, n. 206; Marcadé, sur l'art. 417. — *Contrà*, Valette sur Proudhon, 2, p. 319; Delvincourt, 1, p. 110, note 5.]

[3] [Pour la nomination d'un tuteur *ad hoc*, on suit les mêmes formes que pour la nomination d'un tuteur ordinaire; Montpellier, 12 mars 1833, S. V., 34, 2, 42.]

[4] Le protuteur, en droit romain, est celui qui, sans être tuteur, gère la tutelle. V. Dig., *De eo qui pro tut.*, et *Quod falso tut.* — Les principes qui lui seraient applicables en droit français sont ceux relatifs à la *negotiorum gestio*. V. Cass., 14 oct. 1806; Duranton, 3, n. 479; Magnin, 1, n. 426. V. cependant Poitiers, 28 déc. 1824, et Riom, 24 avril 1827. Dans ces deux derniers arrêts, l'administrateur d'une tutelle est assimilé au tuteur. [Ces arrêts s'appliquent au tuteur de fait ou faux tuteur, qui n'est pas autre chose qu'un *negotiorum gestor*.]

[5] V. Locré sur cet art.; Delvincourt, sur l'art. 417; Toullier, 2, n. 1123; Magnin, 1, n. 370. [Il suit de là que le protuteur est grevé de l'hypothèque légale, Marcadé, sur l'art. 417; Demolombe, 7, n. 211; et qu'il doit lui être nommé un subrogé tuteur. V. *inf.*, § 211; Marcadé, *ibid.*; Demolombe, 7, n. 212.—*Contrà*, Magnin, 1, p. 494. Mais il ne s'ensuit pas qu'il doive y avoir deux conseils de famille distincts et indépendants. Il n'y a qu'un conseil, celui qui a nommé le tuteur et le protuteur, et dont ils dépendent tous les deux, Marcadé, *ibid.*; Demolombe, 7, n. 213.—V. *sup.*, note 2.]

2° pour les enfants reçus dans les établissements publics de bienfaisance, V. L. 25 pluv. an XIII et déc. 19 janv. 1810; 3° pour les mineurs investis d'un majorat. V. Av. Cons. d'Et. 30 janvier 1811 [1].

§ 198. *Principes généraux en matière de tutelle.*

1° La tutelle est une charge publique, *munus publicum*.

2° Le but de la tutelle est l'intérêt du mineur; aussi les lois relatives à la tutelle sont-elles, en grande partie, des lois de police, destinées à protéger le mineur. C'est de ce point de vue qu'il faut étudier et interpréter le droit en matière de tutelle. Ainsi, par exemple, un tuteur ne peut être nommé conditionnellement ou à temps [1].

3° La loi n'appelant à la tutelle qu'une seule personne, quand c'est elle qui désigne le tuteur, il faut en conclure que les père et mère ne peuvent également nommer qu'un seul tuteur [2], art. 403, 404, 454 : *Interest pupilli ne tutela per plures spargatur.* Cependant le père et la mère ont la faculté de confier à un tuteur l'éducation de leur enfant, et à un autre tuteur l'administration de ses biens [3]. Le Code prévoit encore, par une disposition for-

[1] [Les majorats sont aujourd'hui abolis par la loi du 7 mai 1849.]

[1] Telle est la règle générale. Par exception, il faut admettre la validité du choix d'un tuteur fait sous condition par le père ou la mère. V. Maleville, sur l'art. 401; Toullier, 2, n.1105; Duranton, 3, n.439. [Il n'y a aucune raison juridique à cette exception puisée dans le droit romain où elle se justifiait par des motifs aujourd'hui sans valeur. On doit donc décider que la tutelle ne peut être déférée à temps ou sous condition, soit par le père ou la mère, soit par le conseil de famille. Demolombe, 7, n. 226 et s. — Dans l'un et l'autre cas la nomination est nulle; et il n'y a pas lieu de réputer seulement non écrits le terme ou la condition, parce qu'il est possible qu'un autre choix eût été fait si celui ou ceux qui ont nommé un tuteur conditionnellement ou à terme, avaient fait une nomination pure et simple. Du reste, la nomination du tuteur faite conditionnellement ou à temps n'est pas nulle de plein droit, mais seulement annulable, et si personne n'a réclamé, si le tuteur s'est conformé aux clauses de sa nomination, il fonctionnera valablement jusqu'à ce qu'il ait été remplacé. V. Demolombe, 7, n. 230.]

[2] Toullier, 2, n. 1123. Mais une même personne peut être investie de plusieurs tutelles.

[3] V. Paris, 24 pluv. [V. le jug. de 1re instance], et 15 mess. an XII. — Duranton, 3, n. 444, va plus loin. Il concède aux père et mère le droit absolu de nommer à leurs enfants plusieurs tuteurs. [Dans l'ancien droit, on admettait pour les mineurs d'une certaine condition un tuteur *honoraire* et un tuteur *onéraire*. V. Denizart, v° *Tutelle*, n. 30; Meslé, *Traité des minorités et tut.*, p. 98, éd. de 1735. Mais cet usage n'est pas suivi sous le Code civil, et nous pensons même qu'il ne pourrait l'être de manière à diviser la responsabilité de la tutelle. Dans l'esprit du Code, la tutelle est indivisible, et il ne peut y avoir plusieurs tuteurs que dans le seul cas qu'il détermine, celui où il y a lieu de nommer un protuteur pour l'administration des biens situés aux colonies, ou *vice versâ*, art. 417, *suprà*, § 196; Demolombe, 7, n. 220 et s.; Marcadé, sur l'art. 417; Devilleneuve, Observations sur l'arrêt précité du 15 mess. an XII; Toullier, 2, n. 1123; Fréminville, *Traité de la min. et de la tut.*, 1, n. 21. — V. toutefois, en sens contraire, Rouen, 8 mai 1840, S. V., 40, 2, 313. Cet arrêt juge que la tutelle déférée par le survivant des époux peut être divisée entre un tuteur à la per-

melle, le cas où il devient nécessaire d'adjoindre au tuteur un cotuteur, art. 396.

4° Le tuteur, bien que placé sous la surveillance du subrogé tuteur et de la famille, et tenu dans certains cas de prendre l'avis du conseil de famille, administre cependant seul et exclusivement toutes les affaires de la tutelle[4]. Le pouvoir que le tuteur tient de la loi vient de ce qu'il représente le mineur et de ce qu'il ne lui est pas donné seulement pour confirmer, *auctoritate suâ*, ses actes juridiques. *Factum tutoris, factum pupilli. Tutor et pupillus pro unâ personâ habentur*, art. 450.

ARTICLE 2. — DU CONSEIL DE FAMILLE.

§ 199. *De la surveillance de la tutelle.*

Chez les nations civilisées, le législateur ne s'est pas borné à protéger les mineurs et à leur donner les moyens légaux de prévenir ou de réparer le tort que pourraient leur causer la négligence ou le mauvais vouloir de leur tuteur. Il a voulu de plus placer ce dernier sous la surveillance et le contrôle de la puissance publique.—Il y a toutefois des différences entre les diverses législations, par rapport à l'étendue de cette surveillance et au caractère des magistrats aux mains desquels elle est confiée. Dans le droit romain, bien moins remarquable par ses lois politiques et organiques que par ses lois civiles, la surveillance de l'Etat se bornait à interdire au tuteur l'aliénation des biens du mineur sans l'approbation du magistrat[1]. D'après les principes du droit allemand, le contrôle de l'autorité publique est plus étendu : le tuteur ne peut entrer en fonctions et agir sans avoir été nommé ou confirmé par la puissance publique représentée par les tribunaux ordinaires, et, dans quelques pays, par une institution particulière, le collége des pupilles. C'est encore à ces tribunaux ou à ce collége des pupilles

sonne et un tuteur aux biens; mais il ne décide rien quant à la responsabilité, et c'est là, à notre avis, où est le siége principal de la difficulté. — Sur ce point, un arrêt de la Cour de Paris, du 21 frim. an XIII, décide que lorsqu'il a été nommé à la fois un tuteur *honoraire* (à la personne) et un ou plusieurs tuteurs *onéraires* (aux biens), c'est le tuteur honoraire qui est responsable; cependant si l'on admet la division des pouvoirs, il semble naturel d'admettre également la division de la responsabilité. — Du reste, ce que nous disons ici n'exclut nullement l'idée que le tuteur ne puisse donner mandat à qui bon lui semble, pour gérer certaines affaires de la tutelle; mais cette gestion n'a toujours lieu que sous la responsabilité du tuteur, Fréminville, n. 163. — Ajoutons que la veuve remariée, conservée dans la tutelle, partage l'administration de cette tutelle avec son second mari, qui devient *cotuteur*, et est solidairement responsable avec elle, art. 396. V. *inf.*, § 229.]

[4] [V. sur l'administration du tuteur, *inf.*, § 217 et s.]

[1] V. Dig., tit. *De rebus eorum qui sub tut. vel cur. sunt*; et C., tit. *De prædiis et aliis rebus min. sine decr. alien.*

qu'il doit demander l'approbation qui lui est nécessaire dans les affaires importantes, et qu'il doit présenter à certaines époques les comptes de son administration.

Le droit français a, sous ce rapport, adopté un moyen terme. Il donne au tuteur moins d'indépendance que le droit romain; il lui en donne plus que le droit allemand. Le droit français s'éloigne encore plus du droit romain et du droit allemand dans l'organisation de l'institution chargée de la surveillance de la tutelle. Cette institution est le conseil de famille.

Le conseil de famille se compose de parents du mineur pris pour moitié dans la ligne paternelle, et pour l'autre moitié dans la ligne maternelle. A défaut de tuteur légal et testamentaire, le conseil de famille est tenu de pourvoir à la tutelle du mineur. Tout tuteur est obligé, dans certains cas prévus par la loi, de se conformer aux résolutions du conseil de famille; et ces résolutions sont à leur tour, dans certains cas, soumises à l'approbation et à l'homologation des tribunaux. Le Code civil a emprunté l'institution des conseils de famille au droit coutumier [2].

Le droit français a encore remis au ministère public la garde des intérêts des mineurs, en ordonnant que tous les procès qui les concernent lui seraient communiqués, Pr., art. 83, 885, 886.

Il n'est pas facile de se prononcer sur le mérite relatif du système allemand et du système français relativement à la surveillance de la tutelle. On peut dire cependant en faveur du système français que les recueils de jurisprudence ne contiennent qu'un petit nombre de décisions relatives à des fautes commises par les tuteurs.

§ 200. *Des attributions du conseil de famille* [1].

La loi charge le conseil de famille du soin de pourvoir à la nomination du tuteur, dans certains cas; de diriger l'administration de la tutelle; d'autoriser le tuteur pour certains actes juridiques; de donner son avis sur certaines affaires de la tutelle. — Ses attributions ne sont ni judiciaires [2] ni administratives; le

[2] Argou, *Institution au droit français*, 1, p. 48; Maleville, *Introd.* au 1er liv., tit. 10, chap. 2 C. Nap. — L'institution du conseil de famille était en certains cas admise dans les pays de droit écrit; le magistrat le convoquait pour avoir son avis avant de nommer un tuteur.

[1] Les dispositions du Code relatives au conseil de famille, art. 408-416, se trouvent dans le chapitre de la tutelle dative; elles sont cependant applicables à tous les cas où il est nécessaire de convoquer un conseil de famille. [Il s'agit ici des dispositions relatives à la composition du conseil de famille et à ses délibérations.—Quant au mode de convocation, il varie, ainsi qu'on le verra plus tard, selon les causes qui y donnent lieu.]

[2] Par suite, lorsqu'une délibération

conseil de famille est plutôt un corps consultatif exerçant une sorte de police judiciaire sur les actes soumis à sa surveillance. — Le conseil de famille n'est pas permanent. Toutes les fois qu'il doit se réunir, on le compose à nouveau de parents ou d'amis du mineur [3].

§ 201. *De la composition du conseil de famille.*

Les membres du conseil de famille sont :

1° Le juge de paix. C'est une des fonctions de sa charge : il est membre-né du conseil de famille ; la loi lui confère en même temps la présidence de ce conseil [1], art. 407, 416. Il résulte de là : que la délibération est nulle s'il ressort du procès-verbal que le juge de paix s'est borné à présider le conseil sans prendre part à la délibération, et sans voter [2] ; — que le juge de paix continue à être membre et président du conseil de famille, alors même qu'une précédente délibération a été déclarée nulle, et que le même objet doit lui être soumis de nouveau [3] ; — que le tribunal de première instance n'est pas autorisé à commettre un de ses membres pour remplacer le juge de paix dans la présidence du conseil de famille [4].

2° Six [5] autres personnes, choisies par le juge de paix parmi les

du conseil de famille est attaquée, le tribunal compétent est saisi, non comme tribunal d'appel, mais comme tribunal de 1re instance. Pr., art. 889.

[3] Il n'est donc pas nécessaire que le conseil de famille se compose toujours des mêmes membres. V. cependant Locré, sur l'art. 439. V. aussi Demolombe, 7, n. 278. [Il y a plus : dans certains cas, le conseil de famille peut être assemblé dans des lieux différents, par exemple au domicile actuel du tuteur, qui peut n'être pas celui d'origine du mineur, V. *inf.*, § 202, notes 4 et 5 ; et alors il est nécessairement composé de membres autres que ceux qui ont concouru à sa première formation.]

[1] [Si le juge de paix était empêché, il serait remplacé par son suppléant ; il ne pourrait être remplacé par un des membres du conseil de famille, Demolombe, 7, n. 307.]

[2] Bordeaux, 21 juill. 1808 ; [Metz, 6 août 1818 ; Marchand, p. 412 ; Frémin-ville, 1, n. 106.—Mais le juge de paix a pleinement satisfait à l'obligation de donner son avis et de voter, lorsqu'il a déclaré que les renseignements fournis sur l'objet de la délibération ne lui paraissaient pas suffisants, Grenoble, 18 déc. 1845, S. V., 46, 2, 429. Du reste, il n'est pas nécessaire que l'opinion particulière du juge de paix soit énoncée dans la délibération, si elle a été prise à l'unanimité, Pr., 883 ; Turin, 5 mai 1810. La mention de cette unanimité exprime suffisamment que le juge de paix a pris part au vote, Paris, 21 août 1841, S. V., 41, 2, 488.—Sur l'obligation imposée au juge de paix de motiver son avis, V. *inf.*, § 202, note 23.]

[3] Paris, 6 octob. 1814. [Le juge de paix n'intervient pas comme juge, mais comme membre essentiel et président-né du conseil de famille. Sa juridiction n'est donc pas épuisée par une première délibération annulée, et il doit délibérer de nouveau, s'il y a lieu, avec le conseil de famille, sauf, bien entendu, le cas où il serait récusé.]

[4] [Cela résulte implicitement d'un arrêt de Bordeaux, du 6 mess. an XII, qui ne juge pas la question en thèse parce qu'elle n'était pas controversée dans l'espèce ; mais qui réforme, dans son dispositif, la disposition du jugement de première instance qui avait délégué un des membres du tribunal pour présider le conseil.]

[5] Ni plus ni moins, Amiens, 11 fruct. an XIII ; [Bourges, 2 fruct. an XIII : la loi n'a pas voulu que, par l'adjonction

parents ou alliés du mineur, résidant même accidentellement [6] dans le lieu, ou à la distance de deux myriamètres du lieu où le conseil de famille doit se réunir, et prises pour moitié dans la ligne paternelle et pour l'autre moitié dans la ligne maternelle [7], sous les conditions suivantes :

Le parent ou l'allié le plus proche doit être préféré au plus éloigné [8]. Entre parents et alliés du même degré, le parent sera préféré à l'allié [9], et, parmi les parents du même degré, le plus âgé au plus jeune, art. 407. Lorsque des parents appartiennent aux deux lignes, on peut à volonté les faire figurer dans l'une ou l'autre ligne [10] ; mais le juge de paix n'a pas le droit, lorsqu'il y a absence de parents dans une ligne, de compléter le nombre qu'elle doit fournir en prenant des parents dans l'autre ligne.

A ces règles générales en matière de composition du conseil de famille, il faut ajouter les règles spéciales et exceptionnelles qui suivent : les frères germains et les maris des sœurs germaines d'un mineur font toujours partie du conseil de famille, alors même que

d'un ou plusieurs membres, une ligne pût l'emporter sur l'autre.]—Sauf les exceptions mentionnées au paragraphe, art. 408.

[6] Locré et Delvincourt, sur l'art. 407; Fréminville, 1, n. 84. [Selon Demolombe, 7, n. 277, il n'est pas nécessaire que les parents ou alliés aient leur domicile dans la circonscription déterminée par l'art. 407; mais il faut qu'ils y aient leur résidence. Il ne suffirait pas que leur présence dans la circonscription légale fût accidentelle et purement passagère. Nous pensons, au contraire, que le parent plus proche qui se trouve momentanément sur les lieux devrait être appelé de préférence au parent plus éloigné qui y aurait sa résidence ou son domicile. Cela est conforme à l'esprit de la loi, qui a été de combiner l'intérêt du mineur avec les commodités de ses parents.]

[7] [Jugé qu'il y a nullité de la délibération du conseil de famille, si ce conseil n'était pas composé de parents en nombre égal dans les deux lignes, alors qu'il en existait dans le lieu de la réunion du conseil, Liège, 4 janv. 1811.]

[8] *Proximior excludit remotiorem*; [c'est-à-dire le plus proche de ceux qui se trouvent dans la distance légale.] L'inobservation de cette règle entraîne la nullité de la délibération, Lyon, 15 févr. 1812; Colmar, 27 avr. 1813; Angers, 29 mars 1821; Rouen, 7 avr. 1827; Toulouse, 5 juin 1829. V. cependant Turin, 10 juin 1811. [L'opinion aujourd'hui dominante est qu'il n'y a pas nullité, pourvu que le choix qui a été *fait* ne présente aucun caractère de fraude, et qu'il apparaisse que les intérêts du mineur ont été convenablement défendus, V. Toullier, 2, n. 1119; Marchand, p. 134; Fréminville, 1, n. 85; Riom, 25 nov. 1828; Grenoble, 4 juin 1836; Colmar, 14 juill. 1836; Paris, 13 oct. même année, S. V., 37, 2, 109, 110 et 231; Douai. 1er août 1838, S. V., 40, 2, 21; Cass., 30 avr. 1834; S. V., 34, 1, 414; 3 avr. 1838; S. V., 38, 1, 368, etc. V. *inf.*, notes 9 et 10.]

[9] *Quid*, si l'allié a été préféré au parent? [Cette irrégularité n'emporte pas nullité, Cass., 22 juill. 1807.]—Sous ce rapport, l'alliance subsiste après la dissolution du mariage. Cass., 16 juill. 1810; [Demolombe, 7, n. 255; Valette sur Proudhon, 2, p. 315.—*Contrà*, Duranton, 3, n. 459; Marcadé, sur l'art. 407; Ducaurroy, 1, n. 606.]

[10] Ainsi, par exemple, le conseil de famille peut être entièrement composé de frères germains du mineur et de leurs descendants, Cass., 16 juill. 1810 et 10 août 1815. [Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. 2, § 3, art. 3, n. 7 *bis*.—V. toutefois un arrêt de Colmar, du 14 juillet 1836, S. V., 37, 2, 231, qui décide qu'à défaut de parents appartenant à l'une des deux lignes, on doit préférer les amis aux descendants des frères germains. V. aussi Demolombe, 7, n. 269.]

leur nombre excède celui de six[11], art. 408. Il en est de même des ascendants excusés de la tutelle, et, au décès des ascendants, de leurs veuves[12] lorsque le mineur descend d'elles[12], qui ne sont pas non plus compris dans les six membres dont le conseil de famille doit se composer, et qui sont libres, comme membres, de se présenter ou de ne pas se présenter, art. 408[14].

Si sur les lieux, ou dans la distance de deux myriamètres, le mineur n'a ni parents ni alliés[15], soit dans la ligne paternelle, soit

[11] [On appelle frères *germains* ceux qui ont le même père et la même mère; frères *consanguins*, ceux qui ont le même père, mais non la même mère; frères *utérins*, ceux qui ont la même mère et non le même père. — Tous les frères germains et les maris des sœurs germaines du mineur doivent donc être appelés au conseil de famille, en quelque nombre qu'ils soient; si un seul d'entre eux n'y a point été appelé, le conseil de famille se trouve irrégulièrement composé, le fût-il de six autres frères germains ou maris de sœurs germaines, Grenoble, 18 déc. 1845, S. V., 46, 2, 429. — Il est à remarquer, au surplus, que les frères germains et maris de sœurs germaines ne sont appelés au conseil de famille de préférence à tous autres parents et quel que soit leur nombre, qu'autant qu'ils se trouvent dans la distance légale de l'art. 407, auquel l'art. 408 n'apporte, en ce point, aucune dérogation, Demolombe, 7, n. 265.]

[12] Le Code dit: « les veuves d'ascendants »; mais d'après l'esprit de la loi et l'art. 442, il faut entendre *les veuves ascendantes*. V. Delvincourt, Duranton, 3, n. 459, [c'est-à-dire les ascendantes mêmes du mineur.]

[13] S'ils se trouvent sur les lieux ou à la distance de deux myriamètres, arg. art. 407. [De même que pour les frères germains. V. *sup.*, note 11.]

[14] V. sur cet art., Duranton, *loc. cit.*, et Toullier, 2, n. 1111. V. encore Colmar, 27 avril 1813. [Cet arrêt juge en effet que les ascendants excusés de la tutelle, ou les veuves ascendantes, doivent être appelés dans le cas de l'art. 407, en sus des six membres composant le conseil de famille; mais c'est là une question très-controversée entre les auteurs. Quelques-uns pensent que, dans le cas de l'art. 407 et même de l'art. 408, les ascendants et les veuves ascendantes ne sont pas membres *nécessaires* du conseil de famille, qu'ils ne doivent y être appelés que par déférence, sauf à ne s'y présenter que s'ils le jugent à propos; mais qu'il faut toujours qu'indépendamment des ascendants le conseil de famille soit composé de six membres au moins. Marchand, p. 127; Duranton, 3, n. 459 et 460; Favard, *Rép.*, v° *Tutelle*, § 4, n. 3; Carré, *Juges de paix*, 3, n. 1869; Marcadé, sur l'art. 408, partagent cet avis. Mais, pour l'avis contraire, on peut citer Magnin, 1, p. 275; une dissert. insérée dans le *Rec. du conseil des notaires*, 4, p. 105; Jay, *Tr. des conseils de famille*, n. 7, p. 23; Fréminville, 1, n. 87; Demolombe, 7, n. 262 et s., et même Duranton, qui a changé d'opinion sur ce point dans sa 4e édition, V. *ubi sup.*, 3, p. 448. Ces derniers auteurs pensent que les ascendants (dispensés de la tutelle) et les veuves ascendantes sont membres nécessaires du conseil de famille; que, notamment dans le cas de l'art. 407, ils doivent faire partie des six membres dont ce conseil doit être composé, et non pas venir facultativement en sus de ces six membres; que ce nombre de six est limitatif et ne peut être dépassé que dans le cas de l'art. 408, lorsque le conseil de famille est entièrement composé de frères germains et de maris de sœurs germaines... Cette dernière opinion nous paraît la plus probable, bien que le texte grammatical de l'art. 408 ne s'y prête pas parfaitement. Nous pensons que le législateur, hors le cas tout exceptionnel de cet article, a voulu limiter le nombre des membres du conseil de famille à six (plus le juge de paix, avec voix prépondérante pour vider les partages); que c'est là la règle générale; en un mot, que l'on doit sans doute appeler les ascendants, mais comme membres *nécessaires*, et non pas comme membres *facultatifs*, système que rien dans la loi ne nous paraîtrait justifier. — Dans tous les cas, la mère survivante, qui a perdu la tutelle par suite d'un convol en secondes noces, ne peut faire partie du conseil de famille appelé à nommer un nouveau tuteur, Aix, 9 mai 1846. S. V., 46, 2, 580.]

[15] Cette condition est de rigueur, Angers, 29 mars 1821. V. cependant art. 410. [On ne peut appeler des amis pour

dans la ligne maternelle, le juge de paix doit appeler pour composer le conseil de famille les parents ou alliés résidant à une plus grande distance, ou, suivant les cas [16], les personnes de la commune connues pour avoir eu des rapports d'amitié avec le père ou la mère du mineur [17], art. 409. La présence de parents et d'alliés du mineur sur les lieux, ou dans la distance voulue, n'empêche pas le juge de paix d'appeler des parents et des alliés demeurant plus loin, s'ils sont d'un degré plus rapproché ou d'un degré égal, art. 410 [18].

S'il s'agit de convoquer un conseil de famille pour un enfant naturel, il faut se reporter aux règles développées au § 47 sur la parenté naturelle, et le composer exclusivement dans les termes de l'art. 409 [19].

Ne peuvent être membres d'un conseil de famille :

1° Les mineurs, le père et la mère exceptés [20] ;

2° Les interdits [21] ;

composer le conseil de famille lorsqu'il y a des parents domiciliés à la distance légale, Cass., 19 août 1850, S. V., 50, 1, 644. — Toutefois ce n'est pas là une cause nécessaire de nullité, si l'on a agi de bonne foi, Aix, 9 mai 1846, S. V., 46, 2, 580. — Dans aucun cas, du reste, on ne peut appeler des amis domiciliés hors de la commune, Cass., 19 août 1850, S. V., 50, 1, 644. — Le choix des amis nécessaires pour compléter le conseil de famille appartient au juge de paix ; mais il n'est pas nécessaire qu'il les indique et les convoque lui-même, il suffit qu'il agrée les personnes qui lui sont présentées, Colmar, 14 juill. 1836, S. V., 37, 2, 231 ; Douai, 13 févr. 1844, S. V., 45, 2, 279. — *Contrà*, Besançon, 9 avril 1808.]

[16] Besançon, 9 avril et 26 août 1808. [Ce dernier arrêt juge que des amis ne peuvent être admis dans un conseil de famille par préférence à des parents qui demandent à en faire partie, bien que ceux-ci soient domiciliés hors la distance de deux myriamètres. V. dans le même sens, Paris, 7 flor. an XIII. — Mais en cas de concours entre des parents plus proches, non domiciliés dans la distance de deux myriamètres, et des parents d'un degré plus éloigné, domiciliés dans cette distance, on a décidé que ces derniers devaient être préférés, et que le juge de paix avait à cet égard un pouvoir discrétionnaire, Rouen, 29 nov. 1816. C'est aussi l'avis de Duranton, 3, n. 462.]

[17] Ou, s'il s'agit d'interdiction et du conseil de famille d'un interdit, qui ait eu des relations d'amitié avec la personne même dont l'interdiction est provoquée. [Les voisins ne peuvent, à ce seul titre, être en aucun cas appelés au *conseil de famille*, Demolombe, 7, n. 270.]

[18] Cet article doit être interprété strictement, Duranton, 3, n. 462. [Des parents plus proches qui demeurent hors la distance légale ne pourraient pas, en offrant de venir à leurs frais, faire partie du conseil de famille, si le juge de paix refusait de les y admettre, Demolombe, 7, n. 274. — *Contrà*, Delvincourt, 1, p. 106, note 8.]

[19] [C'est-à-dire le composer d'amis.] V. Cass., 3 sept. 1806 et 4 juin 1820 ; [Merlin, *Rép.*, v° *Conseil de famille*, n. 2 ; Favard, 5, p. 820 ; Toullier, 2, n. 1113 ; Fréminville, 1, n. 90.]

[20] [Ce qui doit s'entendre du père et de la mère légitimes. Le père ou la mère naturels, mineurs, ne méritent pas la faveur que l'art. 442 fait aux parents légitimes, et qui ne pourrait s'étendre jusqu'à eux que par analogie, Marcadé, sur l'art. 442.]

[21] [Mais les individus pourvus d'un conseil judiciaire n'en sont pas exclus, Cass., 21 nov. 1848, S. V., 48, 1, 677 ; Marcadé, sur l'art. 442 ; Demolombe, 7, n. 512. — Cependant Duranton, 3, n. 503, sans donner aucune raison à l'appui, assimile aux interdits ceux qui, pour faiblesse d'esprit, ont été placés sous l'assistance d'un conseil judiciaire dans les termes de l'art. 499. Cette opinion n'a aucun fondement juridique. Rien

3° Les femmes, à l'exception des ascendantes [22];

4° Tous ceux qui ont ou dont les père et mère ont avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou partie de ses biens sont compromis, art. 442 [23];

5° Ceux qui ont été exclus ou destitués d'une tutelle, art. 445 [24];

6° Les morts civilement, art. 25;

7° Les condamnés à une peine emportant d'après la loi l'exclusion du droit de voter dans un conseil de famille, art. 442; Pén., art. 28 et 34;

8° Ceux qu'un jugement de police correctionnelle a privés de l'exercice de ce droit, Pén., art. 42, 43;

9° Ceux enfin qui peuvent être considérés comme partie intéressée dans les questions soumises aux délibérations du conseil de famille [25], arg. art. 426, 495.

L'inconduite notoire, art. 444, n'est pas une cause suffisante d'exclusion du conseil de famille [26], arg. art. 445 et 444.

En cas d'annulation d'une délibération du conseil de famille, les membres qui en ont fait partie peuvent être appelés au nouveau conseil et délibérer sur le même objet [27].

n'empêche d'ailleurs de faire exclure les individus pourvus d'un conseil judiciaire, pour gestion attestant leur incapacité, par application de l'art. 444. V. *inf.*, § 212 et 229. Marcadé, *ibid.*]

[22] [V. *sup.*, note 12.]

[23] [Cette disposition est limitative. Si par voie d'analogie on se laissait aller, pour en étendre les termes, sur la pente des analogies, il n'y aurait pas de raison pour s'arrêter, Marcadé, sur l'art. 442; Demolombe, 7, n. 475 et s. et n. 512.— *Contrà*, Duranton, 3, n. 505. V. *inf.*, note 27. — La règle est d'ailleurs impérative et n'admet aucune exception; ainsi elle s'applique même au cas où la partie adverse du mineur serait son propre frère, Aix, 3 fév. 1832, S. V., 33, 2, 307.]

[24] V. ci-après, § 212 et 215, les causes qui excluent ou dispensent de la tutelle. La mère qui convole à un second mariage continue à faire partie du conseil de famille, bien qu'elle ait perdu la tutelle faute d'avoir convoqué ce conseil. L'art. 394 dit seulement : « elle perdra la tutelle. » V. Bruxelles, 30 mai 1810. Delvincourt, sur l'art. 445, est d'une opinion contraire. A plus forte raison l'exclusion de la tutelle prononcée contre la mère par le conseil de famille n'entraîne pas pour elle l'exclusion du conseil de famille, Duranton, 3, n. 511. [En d'autres termes, la mère tutrice qui perd la tutelle pour s'être remariée sans avoir accompli l'obligation qui lui est imposée par l'art. 395, ou que le conseil de famille convoqué n'aurait pas maintenue dans la tutelle, peut encore faire partie du conseil de famille, parce que ni dans un cas ni dans l'autre elle n'est exclue ou destituée de la tutelle, dans le sens que l'art. 445 donne à ces expressions, Demolombe, 7, n. 515. — Remarquons d'ailleurs, avec ce dernier auteur, *ibid.*, n. 514, que les causes qui font exclure ou destituer de la tutelle ne deviennent des causes d'exclusion du conseil de famille qu'autant que l'exclusion ou la destitution de la tutelle a déjà été prononcée.]

[25] Cass., 12 mai 1830. [C'est là une question d'appréciation fort délicate. L'opposition d'intérêts est d'ailleurs plutôt une cause de récusation qu'une cause d'exclusion proprement dite; et on peut s'en prévaloir non-seulement contre les membres du conseil de famille, mais aussi contre le juge de paix appelé à le présider, Demolombe, 7, n. 516. V. cependant Caen, 15 janv. 1811.]

[26] Cass., 13 octobre 1807; [Besançon, 26 août 1808; Fréminville, 1, n. 93.]

[27] Paris, 7 flor. an XIII, et 27 janv. 1820; Cass., 13 oct. 1807; [Toullier, 2, n. 1169; Fréminville, 1, n. 94. — En résumé, les causes d'exclusion du

§ 202. *De la convocation du conseil de famille et du mode de ses délibérations.*

La convocation du conseil de famille est faite par le juge de paix[1]; c'est aussi ce magistrat qui dresse, en se conformant aux dispositions du paragraphe précédent, la liste des membres appelés à en faire partie. Il prend à cet effet des renseignements, soit auprès de celui qui requiert la convocation, soit auprès d'autres personnes[2].

Le juge de paix compétent est le juge de paix du canton du domicile du mineur, au moment de l'ouverture de la tutelle[3], art. 406 : et sa compétence ne se borne pas à la délation et à l'administration d'une première tutelle; elle s'étend à la délation et à l'administration de toutes les tutelles auxquelles serait successivement soumis le même mineur[4]. Il n'y a d'exception à ce

conseil de famille énumérées dans les art. 442 et 445 sont les seules admissibles. Ces articles sont limitatifs et non démonstratifs, Cass., 13 oct. 1807; Caen, 15 janv. 1811; Toullier, 2, n. 1171; Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. 2, § 3, art. 3, n. 7; Favard, *eod. verb.*, § 8, n. 26; Chardon, n. 306; Marcadé, sur l'art. 442. V. *sup.*, note 23. Ainsi le failli conserve le droit d'être membre d'un conseil de famille (et même d'être tuteur), Bruxelles, 14 août 1833; S. V., 34, 2, 683; *Dictionn. du contentieux commercial*, v° *Faillite*, n. 116; Magnin, n. 421 et s.; Marchand, p. 250; Chardon, n. 440. — Jugé même qu'un fils peut faire partie du conseil appelé à décider si son père doit être exclu pour cause d'incapacité de la tutelle ou de l'administration des biens de ses autres enfants mineurs, Cass., 16 déc. 1829. — *Quid*, des étrangers? V. *sup.*, § 61, note 8.]

[1] [Et non par la personne qui provoque la réunion du conseil], Besançon, 9 avril 1808.

[2] Duranton, 3, n. 456.

[3] [Jugé que toute délibération d'un conseil de famille convoqué hors du lieu du domicile réel du mineur est radicalement nulle, Turin, 13 mai 1811; toutefois cette délibération n'est pas nulle lorsque le juge de paix incompétent avait été délégué par un jugement passé en force de chose jugée, Metz, 20 avr. 1820.]

[4] Cass., 29 nov. 1809 et 23 mars 1819. [Il est constant que, lorsque après l'ouverture de la tutelle le conseil de famille est convoqué pour la première fois à l'effet de nommer un tuteur au mineur qui n'a ni tuteur légal ni tuteur testamentaire, le conseil de famille doit être convoqué devant le juge de paix du domicile du mineur, ou, ce qui revient au même, du lieu où s'ouvre la *tutelle*. Il ne se présente de difficultés que lorsqu'il s'agit de savoir où doit être convoqué le conseil de famille s'il est ultérieurement nécessaire de le réunir, soit pour remplacer le tuteur datif, soit pour habiliter le tuteur à faire un acte d'administration pour lequel il a besoin d'être autorisé. Selon Duranton, 3, n. 453, l'art. 406, qui prescrit la convocation du conseil de famille au domicile du mineur, n'est applicable qu'à la première convocation; quant à celles qui peuvent devenir nécessaires par la suite, elles doivent être faites au lieu du domicile du tuteur qu'il s'agit d'autoriser ou de remplacer, parce que c'est là qu'aux termes de l'article 108, le mineur a son domicile. Mais cette opinion, du moins en ce qu'elle a d'absolu, a été condamnée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence. Suivant la plupart des auteurs, l'art. 406, expliqué par l'art. 407, déroge, pour le cas où il y a lieu de convoquer le conseil de famille d'un mineur, à l'art. 108. V. Toullier, 2, n. 1114; Delvincourt, 1, p. 274; Favard, *Rép.*, v° *Tutelle*, § 4, n. 4; Magnin, 1, p. 78; Valette sur Proudhon, 2, p. 313; Fréminville, 1, n. 98; Demolombe, 7, n. 249; Marcadé, sur l'art. 410; Cass., 29 nov. 1809; Rennes, 9 fév. 1813 et 31 août 1818; Cass., 23 mars 1819; Paris, 24 juill. 1835, S. V., 35, 2, 406; 26 mai 1848, S. V., 48, 2, 295; Cass., 17

principe que dans le cas où le mineur est placé sous la tutelle légale du père, de la mère, ou de quelque autre ascendant ; la compétence du juge de paix est alors déterminée par le domicile du tuteur[5].

Le juge de paix est tenu de convoquer le conseil de famille à la

déc. 1849, S. V., 50, 1, 299.—Toutefois, deux arrêts de la Cour de cassation des 4 mai 1842, S. V., 42, 1, 244, et 4 mai 1846, S. V., 46, 1, 465, ont introduit une distinction fort importante entre le cas où le conseil de famille est convoqué pour remplacer le tuteur, pour modifier ou compléter la tutelle, et celui où il est appelé à délibérer sur des actes d'administration du tuteur, ou à l'autoriser à faire certains actes. Dans le premier cas, l'art. 406 conserverait toute sa force, et le conseil de famille devrait être convoqué au domicile d'origine du mineur, qui est le lieu d'ouverture de la tutelle. Dans le second cas, au contraire, la tutelle fonctionnant régulièrement, le conseil de famille pourrait être valablement convoqué au lieu du domicile du tuteur, sauf aux juges à apprécier si, par cette translation du domicile de la tutelle, les intérêts du mineur n'ont éprouvé aucun préjudice. Cette distinction, repoussée par M. Demolombe, 7, n. 251, nous paraît devoir être admise, non pas facultativement, comme semble l'insinuer la Cour de cassation, mais impérativement, et sauf les cas de fraude, sauf, par exemple, le cas où le tuteur aurait pris un domicile dans un lieu autre que celui de l'ouverture de la tutelle, pour soustraire le mineur à sa juridiction d'origine. C'est ce qui résulte pour nous de la combinaison de l'article 108, avec les art. 406 et 407, qui peuvent très-bien se concilier. En effet, le mineur qui n'a pas de tuteur ou qui n'a plus de tuteur, n'a d'autre domicile possible que son domicile d'origine*, et c'est pour cela que lorsqu'il s'agit de nommer le tuteur, de le remplacer, en un mot, d'organiser la tutelle, le conseil de famille doit être convoqué à ce domicile d'origine. Quand, au contraire, le mineur a un tuteur; quand la tutelle fonctionne régulièrement, le mineur n'a d'autre domicile que celui de son tuteur, et c'est dès lors à ce domicile que doit être convoqué le conseil de famille appelé à délibérer sur l'administration de la tutelle. — Il faut encore distinguer entre la tutelle légale ou testamentaire et la tutelle dative. V. sur ce point la note qui suit.]

* « Le nouveau domicile cessant par la mort du tuteur, porte l'arrêt précité du 23 mars 1819, le domicile naturel du mineur reprend sa force et doit régir la nomination du nouveau tuteur. »

[5] L'exception comme la règle repose sur l'intérêt du mineur. V. Duranton, 3, n. 453; Cass., 10 août 1825. [L'exception comme la règle se justifie très-juridiquement et n'a rien d'arbitraire ; et pour faire une application judicieuse de l'art. 406, en ce qui touche le lieu où doit être convoqué le conseil de famille, il faut distinguer entre la tutelle légale ou testamentaire et la tutelle dative. Nous avons vu à la note précédente qu'en matière de tutelle dative, c'était au domicile du mineur que devait être convoqué le conseil de famille quand il s'agissait de nommer le tuteur, de le remplacer ou d'organiser la tutelle. En matière de tutelle légale ou testamentaire, c'est au contraire au lieu du domicile du tuteur que doit être convoqué le conseil de famille. Cette distinction se fonde principalement sur ce motif capital, puisé dans la nature juridique des choses, à savoir que dans le cas de tutelle dative le conseil de famille existe avant le tuteur ; il se constitue d'abord, et trouve en lui le droit de gestion qu'il délègue au tuteur, à l'homme de son choix, qui devient son mandataire, et ne peut en allant prendre un domicile nouveau lui enlever sa puissance sur l'enfant. Au contraire, dans la tutelle légitime ou testamentaire, le tuteur existe avant le conseil, indépendamment de lui ; loin d'être le délégué de ce conseil, il a un droit qui lui est propre. Puisqu'il est tuteur avant que le conseil existe et que par conséquent le mineur a son domicile chez lui avant toute convocation, c'est à ce domicile que le conseil doit être convoqué, et si ce domicile change, le conseil de famille change aussi. V. Marcadé, sur l'art. 410. C'est en ce sens qu'il a été jugé que le conseil de famille, appelé à remplacer la mère tutrice, doit être convoqué au lieu du domicile de la mère, et non au domicile du père décédé, où la tutelle s'est ouverte pour la première fois, Cass., 10 août 1825; Bruxelles, 24 nov. 1829. — V. contre la distinction proposée, Demolombe, 7, n. 249; Cass., 11 mai 1842, S. V., 42, 1, 661, et Aix, 9 mai 1846, S. V., 46, 2, 580.]

réquisition et à la diligence des parents, des créanciers et autres parties intéressées[6], et même d'office[7] dans certains cas prévus par la loi; par exemple, si le mineur n'ayant pas de tuteur, il s'agit de l'en pourvoir, art. 406. La citation est donnée dans la forme ordinaire, en observant les délais de l'art. 411[8]. Cependant le conseil de famille peut être convoqué verbalement ou par lettres[9].

Les membres appelés doivent au jour désigné se présenter en personne, ou par un fondé de pouvoir; mais il faut que le mandat soit spécial, c'est-à-dire pour une affaire ou une réunion déterminées[10]. Le mandataire ne peut représenter qu'une personne, art. 412. Les personnes qui, d'après le § 201, ne pourraient pas elles-mêmes être membres d'un conseil de famille ne peuvent en faire partie comme fondés de pouvoir[11].

Tout membre régulièrement convoqué qui n'assiste pas en personne, ou par un fondé de pouvoir, à l'assemblée, ou ne présente pas une excuse légale[12]; ou qui, se présentant, s'abstient sans motif suffisant de prendre part à la délibération[13], peut être

[6] [Si le juge de paix refusait de convoquer le conseil de famille, il pourrait être pris à partie. Selon Demolombe, 7, n. 281, il n'y aurait lieu de se pourvoir contre lui par la voie de la prise à partie que s'il ne rendait pas d'ordonnance constatant son refus, ordonnance dont on pourrait appeler. Nous ne pensons pas que cette ordonnance puisse être susceptible d'appel, puisqu'elle ne constitue pas un acte de juridiction contentieuse. Il y aurait donc lieu, dans tous les cas, de recourir à la prise à partie.]

[7] Le ministère public ne peut requérir d'office la convocation du conseil de famille, [même à l'égard d'un interdit], Cass., 11 août 1818; [Cass., 27 frim. an XIII, 26 août 1807, 8 mars 1814; Orléans, 23 fév. 1837, S. V., 38, 2, 69. Les auteurs sont unanimes sur ce point. V. Merlin, *Rép.*, vis *Minist. pub.*, § 7, art. 2; *Mineur*, § 4, et *Tutelle*, sect. 5; Pigeau, *Com. du Cod. de proc.* 2, p. 590; Carré, *Lois de la proc.*, n. 3011, et *Compét. civ.*, 1, n. 117 et 118; Delvincourt, 1, p. 437; Favard, *Rép.*, v° *Minist. pub.*, n. 8; Rauter, *Cours de proc.*, n. 374; Magnin, 1, n. 323; Fréminville, 1, n. 97. Tout ce qu'il peut faire, c'est dénoncer au juge de paix le fait qui, à ses yeux, nécessite la convocation du conseil de famille, sauf à ce magistrat à agir ensuite selon qu'il croira convenable.]

[8] Pigeau, 2, p. 349. [Ces délais sont prescrits à peine de nullité, selon un arrêt de la Cour de Caen, du 30 août 1847, S. V., 48, 2, 527. Toutefois, la délibération n'en serait pas moins valable, quoique prise avant l'échéance des délais, si tous les membres y avaient assisté, Marcadé, sur l'art. 411.]

[9] Dans ce cas, le non-comparant n'encourt pas la peine portée par l'art. 413, et la délibération prise en son absence est nulle, Rouen, 7 avril 1827.

[10] Par un mandataire spécial.—Mais un mandat impératif ne serait pas valable: il y a du moins beaucoup de raisons pour le croire, Proudhon, 2, p. 182; Duranton, 3, n. 456. [Cela est constant; il s'agit de concourir à une délibération, et il n'y a pas de délibération sans liberté, Demolombe, 7, n. 295; Chardon, n. 265. — Cependant il a été jugé qu'il *n'est pas nécessaire* que le mandat exprime l'opinion qui devra être émise par le mandataire, ce qui implique tout au moins la faculté de l'exprimer. V. Metz, 24 brum. an XIII, et Paris, 26 avril 1851, S. V., 51, 2, 285. Nous ne pensons pas que cette opinion doive être admise.]

[11] [Orléans, 12 janv. 1850, Dalloz, 50, 2, 60. — Du reste il a été jugé que la délibération dans laquelle un parent a été irrégulièrement représenté est valable s'il s'est trouvé un nombre suffisant d'autres parents, Turin, 20 fév. 1807.]

[12] Le juge de paix apprécie souverainement la validité de l'excuse, [Demolombe, 7, n. 297; Marcadé, sur l'art. 413.]

[13] Cass., 10 déc. 1828. [Cet arrêt juge que celui qui comparaît, mais qui refuse

condamné, sans appel[14], par le juge de paix à une amende n'excédant pas 50 francs, art. 413. Dans ce cas, et dans tous les autres cas semblables, le juge de paix peut ajourner l'assemblée avec, ou sans désignation d'un autre jour[15], art. 414.

La réunion du conseil de famille a lieu de plein droit[16] chez le juge de paix, à moins que, par la citation, il n'ait été désigné un autre lieu[17], art. 415. Les séances ne sont pas publiques[18].

En règle ordinaire, art. 407, les délibérations du conseil de famille demandent, pour être valables, la présence de cinq personnes au moins, sans compter le juge de paix; et si le conseil se compose de plus de six personnes, art. 408, la présence[19] des trois quarts des membres[20] est nécessaire, art. 415.

Les résolutions sont prises à la majorité absolue[21] des voix. On ne

de délibérer sous prétexte de l'irrégularité de la composition du conseil de famille, peut être condamné à l'amende.]

[14] Mais la voie de l'opposition est ouverte, [Marcadé, sur l'art. 413; Demolombe, 7, n. 298.]

[15] Tel est le sens des mots: *ajourner*, *proroger*, Duranton, 3, n. 457. [*Ajourner* c'est remettre à un jour indéterminé; *proroger* c'est remettre à jour fixe.]

[16] Par suite, il n'est pas nécessaire de mentionner dans la citation le lieu où la réunion devra se tenir, [à moins qu'elle ne doive se tenir ailleurs que chez le juge de paix.]

[17] V. cependant en matière d'interdiction, Paris, 15 mai 1813.

[18] Duranton, 3, n. 454; [Demolombe, 7, n. 301.—Il y a plus: les greffiers des justices de paix, dépositaires de la minute des délibérations des conseils de famille, ne sont pas obligés d'en délivrer expédition à tous requérants qui ne justifient d'aucun intérêt de nature à rendre utiles les expéditions par eux requises, Cass., 30 déc. 1840, S. V., 41, 1, 171.]

[19] Il ne faut pas considérer comme présente la personne qui, étant convoquée, fait valoir un motif d'excuse, et se retire lorsque ce motif a été admis, Agen, 26 mars 1810; [Rennes, 9 fév. 1813; Demolombe, 7, n. 309. — Il suit de là que si un des membres qui composent les trois quarts de ceux qui se sont présentés se fait excuser, le conseil ne peut délibérer qu'autant que ce membre a été remplacé, puisqu'en son absence les trois quarts des membres ne seraient pas présents. — Mais si le nombre des membres qui se sont présentés était tel qu'après une excuse admise les membres restants se trouvassent encore en nombre pour délibérer, il ne serait pas nécessaire de faire remplacer le membre excusé, Bordeaux, 17 août 1825; Duranton, 3, n. 465, à la note.]—Est présent au contraire celui qui, assistant à une délibération, ne veut pas y prendre part, Bruxelles, 15 mars 1806; [Demolombe, 7, n. 305.— Il est à remarquer que la délibération d'un conseil de famille prise en l'absence de l'un des six parents dont tout conseil de famille doit être composé est nulle, si le membre absent n'a pas été convoqué par une citation, encore bien que les trois quarts des membres aient été présents, Rouen, 7 avril 1827. — V. *sup.*, § 201.]

[20] L'art. 415 ne parle que des trois quarts des membres. V. cependant Locré, sur cet article [L'art. 415 suppose une fraction impossible en exigeant les trois quarts au moins des membres présents, quand le nombre des membres présents n'est pas divisible par trois et par quatre. — Il faut alors prendre le chiffre qui se rapproche le plus des trois quarts, en l'excédant: cinq sur six, six sur sept, etc., Marcadé, sur l'art. 415; Demolombe, 7, n. 306.]

[21] V. Duranton, 3, n. 466; Favard, v° *Tutelle*, § 4, n. 6; S. V., 12, 2, 389. — Locré, sur l'art. 415; Proudhon, 2, p. 491; Toullier, 2, n. 1111, estiment que la majorité relative suffit. L'opinion contraire adoptée ici repose sur ce que, quand la loi parle de majorité, il faut, en cas de doute, se prononcer pour la majorité absolue. V. Pr., art. 117. [La question de savoir si les délibérations des conseils de famille doivent être prises à la majorité absolue des suffrages, ou seulement à la majorité relative, divise les auteurs. Nous croyons qu'il faut la majorité absolue. La majorité relative n'est après

compte que celles des membres présents ou dûment représentés. La voix du juge de paix est comptée, et, en cas de partage, elle est prépondérante[22], art. 416. Si la résolution n'a pas été prise à l'unanimité, il y a lieu de mentionner sur le procès-verbal l'avis de chacun des membres, Pr., art. 883. Cependant, en règle générale, V. toutefois art. 447, les résolutions du conseil de famille n'ont pas besoin d'être motivées[23], arg. art. 447.

tout que la minorité, et la loi, en se taisant sur la manière dont devait se former la majorité dans les délibérations des conseils de famille, s'en est référée à la règle de tous les corps délibérants qui, à moins d'exception, ne se prononcent qu'à la majorité absolue. En admettant le système de la majorité relative, deux voix, y compris celle du juge de paix, pourraient former la majorité et dominer le conseil, dans l'hypothèse où il y aurait autant d'avis que de membres, ce qui n'est pas absolument impossible, quand par exemple le conseil de famille est réuni pour nommer un tuteur ou un subrogé tuteur. Metz, 16 fév. 1812; Aix, 10 mars 1840, S. V., 40, 2, 346; Duranton, 3, n. 466; Delvincourt, 1, p. 435; Favard, *Rép.*, vº *Tutelle*, § 4, n. 6; Marcadé, sur l'art. 416; Demolombe, 7, n. 313.—*Contrà*, Locré, 1, p. 99; Toullier, 2, n. 1121; Proudhon, 1, p. 191. — Mais nous ne pouvons partager l'avis des auteurs qui pensent que dans le cas où il se forme plus de deux opinions il y a lieu de suivre les art. 117 et 118 Pr., relatifs à la formation des jugements, et par conséquent que les membres les plus faibles en nombre doivent forcément se réunir à l'une des deux opinions qui ont été émises par le plus grand nombre; ou que, selon les cas, on doive appeler pour départager le conseil de famille un ou plusieurs nouveaux membres. Sans doute le juge de paix devra user de son autorité conciliatrice pour essayer de ramener les dissidents à l'une des opinions prédominantes; mais il n'a pour cela aucun moyen coercitif, et les art. 117 et 118, qui sont la règle des tribunaux, ne sont pas celle des conseils de famille, surtout en ce qui touche le moyen de vider le partage entre des opinions représentées par un nombre égal de voix. V. Marcadé, *ubi sup.*; Demolombe, n. 314 et s. Nous pensons que lorsqu'il est impossible d'arriver à un résultat en présence de la persistance des opinions divergentes, il y a lieu d'en référer aux tribunaux qui pourront ordonner soit une nouvelle délibération, soit la convocation d'un nouveau conseil composé en tout ou en partie de nouveaux membres. V. Demolombe, *ubi sup.*; Ducaurroy, 1, n. 614, et l'arrêt précité de la Cour d'Aix, du 10 mars 1840.]

[22] Si, par exemple, le conseil de famille se compose de sept membres, et que trois d'entre eux opinent dans un sens ainsi que le juge de paix, et que les quatre autres soient d'un avis contraire, l'opinion des premiers l'emportera. Delvincourt, sur l'art. 415, et Duranton, *loc. cit.*, sont d'un avis opposé. [D'après ces auteurs, la voix du juge de paix ne comptant pas pour deux ne vide pas le partage quand, sa voix comprise, les deux opinions réunissent un nombre égal de voix : elle ne l'emporte que lorsqu'il se réunit à l'une des deux opinions émises, sans le compter, par un nombre égal de voix. Ce système n'est pas soutenable. L'art. 16 dit que le juge de paix a voix délibérative et *prépondérante* en cas de partage; or, si dans un conseil de famille composé en nombre impair, y compris le juge de paix, sa voix se trouve du côté de la majorité, elle n'a aucune prépondérance et il n'y a pas partage; elle n'est prépondérante que lorsque dans un conseil de famille composé en nombre pair y compris le juge de paix, il se forme deux avis soutenus par un nombre égal de suffrages : alors il y a partage, et c'est la prépondérance de la voix du juge de paix qui l'emporte. V. Marcadé, sur l'art. 416, et Demolombe, 7, n. 313.]

[23] Cass., 17 nov. 1813. [Cet arrêt juge que l'obligation imposée par l'art. 883 Pr. de mentionner l'avis des membres du conseil quand ils ne sont pas unanimes, n'emporte pas nécessité d'indiquer les motifs de chaque opinant. V. en ce sens, Carré et Chauveau, n. 2994; Rodière, p. 348; Demolombe, 7, n. 318. — *Contrà*, Bourges, 8 juin 1813. La délibération ne doit être motivée que lorsqu'il s'agit de prononcer la destitution du tuteur, art. 447.— Selon un arrêt de la Cour de Metz, du 16 fév. 1812, et même selon quelques auteurs, l'obligation de mentionner l'avis de chacun des membres, quand la délibération n'a pas été unanime, n'est appli-

Bien que le conseil de famille n'ait aucune espèce de juridiction, il est cependant rationnel de lui reconnaître le droit de prendre les mesures et de faire les informations nécessaires pour éclairer ses résolutions dans les affaires qui lui sont soumises[24].

§ 203. *Des pouvoirs du conseil de famille.*

Le conseil de famille a plusieurs sortes de pouvoirs : il prend des *délibérations* comme dans les cas des articles 447 et 458, et des art. 882 et suiv. Pr.; il donne des *avis* comme dans les cas prévus par l'article 494, et les articles 892, 893 Pr.[1].

Les délibérations du conseil de famille sont l'expression de son caractère principal et l'exercice de la plénitude de sa juridiction. Elles se rapportent aux nominations que la loi lui confie et aux autorisations à donner au tuteur pour certains actes ou pour habiliter le mineur, comme dans le cas de l'art. 160.

C'est par ses avis que le conseil de famille fait connaître aux tribunaux son opinion sur les questions qui intéressent la tutelle.

Le Code détermine les cas dans lesquels il y a lieu de convoquer le conseil de famille pour prendre une délibération ou donner un avis[2]. Cependant le tuteur est toujours libre de le convoquer dans d'autres cas pour éclairer l'administration de la tutelle, sans toutefois que cette précaution puisse le décharger de sa responsabilité personnelle[3].

Les décisions du conseil de famille sont exécutoires purement et simplement, ou à la condition d'avoir été homologuées[4] par le

cable qu'aux délibérations soumises à l'homologation du tribunal. V. Favard, v° *Avis de parents*, n. 2; Magnin, 1, n. 349; Fréminville, 1, p. 109; Carré, n. 2994. Mais c'est une erreur : la mention de l'avis est exigée pour que ceux qui veulent se pourvoir contre une délibération sachent contre quels membres ils doivent agir. Or, comme on peut se pourvoir contre des délibérations qui n'ont pas besoin d'être homologuées, il faut donc dans tous les cas exprimer les opinions diverses de ceux qui y ont pris part, Chauveau sur Carré, *ibid.* — Jugé qu'il n'est pas nécessaire que l'opinion particulière du juge de paix soit énoncée dans le procès-verbal de la délibération, Turin, 5 mai 1810.—V. en ce sens, Marchand, p. 194.]

[24] [Demolombe, 3, n. 310.]

[1] [L'intitulé du titre 1er du liv. 1er de la 2e partie du Code de procédure confond, sous le nom *d'avis de parents*, les délibérations et les simples avis.]

[2] Ces différents cas seront exposés dans le cours de cet ouvrage. V. Proudhon, 2, p. 186; Toullier, 2, n. 1120; Duranton, 3, n. 470.

[3] Dans ce cas, le conseil n'est pas plus tenu de délibérer que le tuteur de se conformer à la délibération. [Quoique le tuteur ne soit pas affranchi de sa responsabilité personnelle s'il se conforme à l'avis qu'il a provoqué, toutefois, dans ce cas, le principe de la responsabilité devra lui être appliqué d'une manière moins sévère. Mais par contre, s'il agissait contrairement à cet avis, il est clair que sa responsabilité serait plus complétement engagée que s'il n'avait pas demandé d'avis.] — Les tribunaux peuvent aussi, dans une affaire de tutelle et pour éclairer leur religion, provoquer la réunion d'un conseil de famille.

[4] [C'est-à-dire approuvées.]

tribunal de première instance compétent. Habituellement, c'est-à-dire sauf les cas prévus expressément, comme dans les articles 457, 458, 466, 467, 511, et dans l'article 984 Pr., elles n'ont pas besoin d'homologation [5]. La procédure d'homologation est réglée par le Code de proc., art. 885-889 [6].

§ 204. *Du droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille* [1].

Les délibérations du conseil de famille peuvent être attaquées pour plusieurs causes :

1° Pour inobservation des formes requises par la loi dans la composition et convocation du conseil de famille, ou dans le mode de délibérer et de statuer. C'est au juge à décider quelles sont celles de ces formes dont l'observation a été prescrite à peine de nullité. Dans cette appréciation, le juge doit à la fois rechercher d'une manière générale quelles sont celles de ces formes qui, au point de vue de l'intérêt des mineurs, méritent plus ou moins d'être strictement observées [2], et, s'arrêtant à l'espèce qui lui est soumise, constater si le mineur court quelque danger ou s'il a éprouvé un préjudice quelconque [3]. V. § 35 et 78. Le droit d'attaquer les délibérations du conseil de famille appartient alors au tuteur et au subrogé tuteur, au curateur quand il s'agit de curatelle, aux membres du conseil de famille, aussi bien à ceux qui assistaient à la délibération et l'ont approuvée expressément ou

[5] Duranton, 3, n. 474, 577. [L'homologation n'est donc nécessaire qu'autant qu'elle est exigée par la loi.]

[6] V. Pigeau, 2, p. 360; Carré, sur les art. 885 et s.

[1] Ce paragraphe résout plusieurs difficultés qui proviennent de l'obscurité de la rédaction de l'art. 883 Pr. V. Delvincourt, 1, p. 270; Duranton, 3, n. 475.

[2] Riom, 25 nov. 1828; Cass., 30 avril 1834, S. V., 34, 1, 444.

[3] [Notre auteur est ici beaucoup moins absolu qu'à la note 8 du § 201, où il se prononce formellement pour la nullité de la délibération à laquelle aurait été appelé un parent plus éloigné, bien qu'il se rencontrât un parent plus proche, et où nous avons fait remarquer qu'aujourd'hui l'opinion dominante, contraire à celle de notre auteur, est de laisser aux tribunaux la faculté de prononcer la nullité, selon les circonstances, dans les différents cas qui peuvent se présenter. Si donc les tribunaux reconnaissent une intention malveillante ou frauduleuse dans l'inobservation de certaines formalités; s'ils y voient l'intention d'un préjudice causé ou possible, ils devront annuler la délibération irrégulière. Si au contraire tout s'est passé de bonne foi, si les intérêts du mineur ont été sauvegardés, il n'y a aucun motif pour annuler une délibération qui ne cause grief à personne. Toutefois, il est évident que si l'omission portait sur une règle importante dont l'inobservation empêcherait en quelque sorte qu'il n'y eût un conseil de famille, par exemple si le conseil de famille n'était pas composé en nombre suffisant, si le juge de paix n'était pas appelé à le présider, s'il était entièrement composé d'amis dans un lieu où se trouveraient notoirement des parents à un degré rapproché, la nullité de la délibération devrait nécessairement être prononcée. V. Toullier, 2, n. 1119; Marcadé, sur l'art. 411; Fréminville, 1, n. 85; Marchand, p. 134; Demolombe, 7, n. 328 et s.; Cass., 26 janv. 1848, S. V., 48, 1, 177, et 19 août 1850, S. V., 50, 1, 644. — V. aussi sup., nos additions à la note précitée.]

tacitement[4], qu'aux membres qui n'en faisaient pas partie, soit qu'ils n'aient pas jugé convenable de prendre part à la réunion, soit qu'ils n'y aient pas été appelés, contrairement au vœu de la loi[5], Pr., art. 883.

2° Les résolutions du conseil de famille peuvent être attaquées, bien que régulières en la forme, si elles sont, quant à leurs dispositions, contraires à l'intérêt du mineur[6]. Il en est ainsi, soit

[4] Lyon, 15 fév. 1812; Colmar, 27 avril 1813; Angers, 29 mars 1821. *Sunt nullitates juris publici.* [*Adde*, Liège, 4 janvier 1811. — *Contrà*, Delvincourt, 1, p. 108, note 3; Taulier, 2, p. 37. — Nous croyons qu'il faut distinguer : sans doute celui qui a voté une délibération ou qui y a acquiescé ne peut pas l'attaquer dans son propre intérêt; mais il peut l'attaquer dans l'intérêt du mineur, auquel aucun acquiescement ne peut préjudicier. Demolombe, 7, n. 338, tout en reconnaissant que ceux qui ont voté une délibération doivent avoir un moyen de réparer, dans l'intérêt du mineur, l'erreur qu'ils auraient commise, leur refuse cependant le droit d'attaquer la délibération devant le tribunal; ils doivent, selon cet auteur, requérir du juge de paix une nouvelle convocation du conseil de famille, provoquer une nouvelle délibération, proposer un nouvel avis, et, s'ils ne l'emportent pas, se pourvoir conformément à l'art. 883 contre la nouvelle délibération dans laquelle ils se sont trouvés en minorité. Mais à quoi bon ce circuit? D'ailleurs est-il permis au juge de paix, quand il existe une délibération non attaquée, de convoquer le conseil de famille pour le faire délibérer sur un point déjà résolu?... Est-il permis de considérer comme non avenue une délibération non attaquée?... Non : qu'il soit donc alors permis de l'attaquer directement si elle cause au mineur un préjudice qu'aucune exception de forme ne peut rendre définitif.]

[5] V. Delvincourt, *loc. cit.* — On ne saurait admettre dans ce cas, aussi bien que dans le second cas de nullité, [V. le 2° du texte] que tout parent du mineur ou que le mineur lui-même soit fondé à intenter l'action. Qui, en effet, représenterait ce dernier? [En d'autres termes, ceux qui auraient eu le droit de faire partie du conseil de famille peuvent se pourvoir contre la délibération : c'est là une garantie de la composition régulière du conseil, Duranton, 3, n. 479; Demolombe, 7, n. 339.—Quant aux autres parents ou alliés, ils sont sans qualité pour attaquer une délibération qui est à leur égard *res inter alios acta*, sauf, bien entendu, les droits des tiers. — Quant au mineur lui-même, on ne comprend pas comment il aurait capacité pour attaquer une délibération qui est prise précisément parce qu'il n'a aucune capacité personnelle, Demolombe, 7, n. 340. —*Contrà*, Delvincourt, 1, p. 108, note 3.]

[6] Paris, 6 oct. 1814. Cet arrêt, qui ne repose sur aucun motif solide, affranchit de la règle générale les délibérations portant nomination de tuteurs. [Il n'est pas douteux que les délibérations du conseil de famille qui ont pour objet l'administration des biens du mineur peuvent être attaquées, quoique régulières en la forme, lorsqu'au fond elles sont contraires aux intérêts du mineur. Mais en est-il de même des délibérations qui nomment un tuteur, un subrogé tuteur ou un curateur? Notre auteur se prononce ici pour l'affirmative; nous croyons, au contraire, que la négative est préférable. Sans doute, si le tuteur nommé est légalement incapable, sa nomination pourra être attaquée; l'incapacité prononcée par l'art. 442 doit avoir une sanction, et elle n'en aurait pas s'il n'était pas permis de recourir aux tribunaux pour faire annuler les délibérations qui choisissent pour tuteur un individu que la loi défend de nommer. Mais si le conseil de famille choisit un tuteur qui n'est atteint par aucune cause d'exclusion, il use d'un droit qui lui est propre et qui, dans son exercice régulier et légitime, ne peut tomber sous le contrôle des tribunaux, Paris, 6 oct. 1814; Demolombe, 7, n. 336. — *Contrà*, Rodière, 3, p. 348.—Il est à remarquer, au surplus, qu'en admettant que la délibération qui nomme un tuteur pût être attaquée et annulée, le tribunal qui prononcerait cette annulation ne pourrait pas pourvoir lui-même à la tutelle; il devrait renvoyer devant le conseil de famille, Cass., 27 nov. 1816; Orléans, 9 août 1817. — En ce qui touche le pourvoi contre les délibérations qui sta-

qu'elles aient été prises à l'unanimité, soit à la simple majorité [7]. V. cependant art. 160, et *sup.*, § 127, les règles en matière de mariage. Dans ce cas, comme dans celui qui précède, l'action en nullité est ouverte au tuteur, au subrogé tuteur, au curateur et aux membres du conseil de famille [8], Pr., art. 883.

3° Enfin les résolutions du conseil de famille peuvent être attaquées par tous ceux dont elles lèsent les droits, par exemple, par le tuteur exclu ou destitué, art. 448 [9].

Dans ces différents cas le tribunal compétent est le tribunal de première instance dans le ressort duquel a eu lieu l'assemblée du conseil de famille [10]. L'action en nullité doit, dans le second et dans le troisième cas [11], être dirigée contre les membres qui ont

tuent sur les excuses proposées par un tuteur ou qui prononcent sa destitution, V. *inf.*, § 216 et 228. — Peut-on se pourvoir contre la délibération d'un conseil de famille qui donne ou refuse son consentement au mariage du mineur ? V. § 127, note 8. — Remarquons, au surplus, que les délibérations des conseils de famille peuvent être attaquées, quand il est permis de les attaquer, alors même qu'il s'agit d'une délibération pour laquelle l'homologation n'est pas exigée : c'est, en effet, précisément celles-là qu'il peut être utile d'attaquer, puisque c'est le seul moyen de les soumettre à l'examen des tribunaux, Angers, 6 août 1819. On peut donc, par exemple, attaquer la délibération par laquelle un conseil de famille règle les conditions civiles du mariage d'un mineur, bien que cette délibération ne soit pas sujette à homologation, Paris, 24 avril 1837, S. V., 37, 2, 225.]

[7] Delvincourt, *loc. cit.* L'art. 883 Pr. ne parle que dans le § 1, et non dans le § 2, des résolutions qui ne sont pas unanimes. [C'est ce qui résulte aussi de ce que les délibérations peuvent être attaquées même par ceux qui les ont votées. V. *sup.*, note 6. A plus forte raison, les délibérations unanimes peuvent-elles être attaquées par ceux qui n'ont pas été appelés à faire partie du conseil et qui auraient dû l'être, Colmar, 14 fév. 1840, Dalloz. 41, 2, 185; Chauveau sur Carré, n. 2996.]

[8] La raison est la même dans ce cas que dans le premier. [V. *sup.*, note 4 et 5.]

[9] V. Demolombe, 7, n. 341, et *inf.*, § 228, note 14. — Le ministère public n'ayant pas d'action, mais seulement un droit de réquisition dans l'intérêt des mineurs, il en résulte qu'il ne peut, par voie d'action, demander la nullité de la délibération d'un conseil de famille. Par conséquent, il ne peut appeler du jugement qui homologue une délibération, Cass., 26 août 1807 et 8 mars 1814; Toullier, 2, n. 1223; Pigeau, 2, p. 590; et cela, alors même qu'en première instance il a conclu à la non-homologation de la délibération, Delvincourt, 1, p. 482; Carré et Chauveau, n. 3011.]

[10] L'action en nullité peut être présentée incidemment lorsqu'une délibération est soumise à l'homologation, Pr. art. 888. [Ceci a besoin d'explications. Si la délibération n'est pas sujette à homologation, ceux qui veulent l'attaquer doivent se pourvoir par action principale devant le tribunal compétent. Si elle est sujette à l'homologation, ceux qui croient devoir s'opposer à l'homologation peuvent le déclarer par acte extrajudiciaire à celui qui est chargé de la poursuivre; celui-ci doit alors les appeler dans l'instance, et s'ils n'y sont pas appelés, ils ont le droit de former opposition au jugement, Pr., 888. Si, quoique appelés, ils ne comparaissent pas, ils ne peuvent former opposition, parce que l'art. 888 Pr. est introductif d'un droit spécial; mais ils peuvent interjeter appel, Carré et Chauveau, n. 3008 et 3009. — S'ils n'ont pas déclaré vouloir s'opposer à l'homologation, ils peuvent intervenir dans l'instance; mais il est bien évident que dans ce cas ils ne doivent pas y être appelés, et que dès lors s'ils ne sont pas intervenus et s'ils n'ont pas été appelés, ils n'ont le droit ni de former opposition au jugement qui intervient, ni d'en interjeter appel, puisqu'ils ne sont pas parties à ce jugement, Carré, n. 3007. V. cependant Chauveau, *ibid.*]

[11] [C'est-à-dire quand la délibération est attaquée quant au fond, comme con-

donné leurs suffrages à la délibération attaquée; dans le premier cas[12], contre tous les membres du conseil de famille[13]. Il n'y a lieu, dans aucun cas, d'actionner le juge de paix[14]. Lorsqu'il s'agit d'un tuteur qui attaque une délibération du conseil de famille prononçant son exclusion ou sa destitution, l'action doit être dirigée contre le subrogé tuteur[15], art. 448. La procédure est sommaire[16], Pr., art. 884, 889.

Le droit d'attaquer une délibération du conseil de famille n'est

traire aux intérêts du mineur, ou comme préjudiciant aux tiers.]

[12] [C'est-à-dire quand la délibération est attaquée en la forme.]

[13] [L'art. 883 Pr. dispose généralement que la demande doit être formée contre les membres qui ont été d'avis de la délibération. Nulle difficulté pour faire l'application de cet article au cas où la délibération est attaquée quant au fond, puisqu'on ne peut rendre responsables d'une délibération ceux qui ont voté contre. Mais, selon notre auteur, la disposition précitée de l'art. 883 cesse d'être applicable au cas où la délibération est attaquée en la forme; alors la demande devrait être formée contre tous les membres du conseil de famille, sans doute parce que, si tous n'ont pas voté la délibération, tous y ont concouru par leur présence, et ont par conséquent concouru à la nullité. Nous n'admettons pas cette distinction : l'art. 883 est général, et avec raison. Attaquer une délibération en la forme, c'est évidemment tendre à ce qu'elle ne produise aucun effet au fond. Les adversaires de celui qui en demande la nullité ne peuvent dès lors être que ceux qui veulent son maintien au fond, c'est-à-dire ceux qui l'ont votée : c'est donc contre eux seuls que la demande doit être formée.]

[14] Cass., 29 juill. 1812. [C'est comme magistrat que le juge de paix a concouru à la délibération du conseil de famille, et comme magistrat il ne peut être mis en cause que lorsqu'il y a lieu à prise à partie, Carré et Chauveau, n. 2998; Demiau, p. 387; Hautefeuille, n. 521; Favard, 1, p. 280; Thomines, 2, p. 297; Demolombe, 7, n. 343.]

[15] La disposition de l'art. 448 constituant une loi spéciale, *lex specialis ratione speciali nixa*, n'a pas été abrogée par l'art. 883 Pr.; Duranton, 3, n. 476 et 514; Carré, n. 2997; Liège, 17 mars 1831. V. en sens contraire, Toullier, 2, n. 1178. [L'art. 448 permet au tuteur exclu ou destitué d'assigner le subrogé tuteur, pour se faire maintenir dans la tutelle. L'art. 885 Pr. veut que celui qui se pourvoit contre la délibération d'un conseil de famille forme sa demande contre ceux qui auront été d'avis de la délibération. Selon les uns, l'art. 883 Pr. n'a pas modifié l'art. 448, qui doit toujours être appliqué dans le cas spécial qu'il prévoit, Liège, 17 mars 1831, S. V., 34, 2, 118; Nîmes, 8 juill. 1834, S. V., 35, 2, 198; Pigeau, *Proc. civ.*, 2, p. 375; Demiau, p. 589; Carré, n. 2997; Favard, *Rép.*, v° *Avis de parents*, n. 3; Rodière, 3, p. 349; Duranton, 3, n. 476 et 514; Thomines, 2, n. 1039; Demolombe, 7, n. 344; Marcadé, sur l'art. 448. Selon d'autres, l'art. 448 est abrogé par l'art. 883 Pr., Toullier, 2, n. 1178; Delaporte, 2, p. 425. Une troisième opinion permet de suivre l'un ou l'autre article, Proudhon, 2, p. 206, Chardon, p. 34. Enfin, une quatrième exige l'application simultanée de l'art. 448 et de l'art. 883 Pr., Chauveau sur Carré, n. 2997. — Les deux derniers systèmes sont les moins soutenables. L'art. 448 et l'art. 883 Pr. sont l'un et l'autre impératifs; et si l'on admet qu'ils s'appliquent tous les deux à la même hypothèse, il est manifeste qu'ils s'excluent l'un et l'autre, et que dans ce cas il faut faire un choix. Quant à nous, il nous paraît évident que l'art. 448 prévoit un cas tout spécial, celui d'un tuteur qui réclame contre la destitution ou l'exclusion dont il a été frappé; tandis que l'art. 883 Pr. s'applique à tous les autres cas non prévus par le Code civil; d'où la conséquence que l'art. 448 n'a pas été abrogé par l'art. 883, et que l'action du tuteur exclu ou destitué doit être formée contre le subrogé tuteur et seulement contre le subrogé tuteur.] — Pendant l'instance le tribunal peut nommer un administrateur aux biens du mineur, Favard, v° *Tutelle*, § 8, n. 4.

[16] V. sur cette procédure, Pigeau, 2, p. 350; Delvincourt, 1, p. 281; [Carré et Chauveau, n. 3003 et s.]

renfermé par la loi dans aucun délai particulier. Cependant si le tuteur, en se conformant à une pareille délibération, a fait un acte juridique, l'action en nullité ne peut être exercée que par les personnes autorisées par les autres dispositions du Code à attaquer cet acte juridique et pendant le temps accordé pour attaquer cet acte. V. art. 1304, 1305; V. aussi art. 160[17].

§ 205. *De la responsabilité des membres du conseil de famille.*

Le Code ne contient aucune disposition particulière relative à la responsabilité des membres d'un conseil de famille dont les délibérations sont annulées[1]; et bien qu'ils ne soient pas affranchis de la responsabilité du droit commun, art. 1382, 1383, il faut cependant reconnaître qu'ils ne seront guère actionnés utilement que dans les cas de fraude[2].

ARTICLE 3. — DES DIFFÉRENTS MODES DE CONFÉRER LA TUTELLE.

§ 206. *Principes généraux.*

La tutelle est déférée soit par la loi, soit par le choix du père où de la mère[1], soit par la nomination du conseil de famille : *tutela est vel legitima, vel testamentaria, vel dativa.* Lorsque la tutelle légitime revient au père ou à la mère, elle prime les deux autres espèces ; lorsqu'elle revient à d'autres ascendants, elle ne prime que la tutelle dative.

Le tuteur, dans tous les cas, est tenu d'entrer immédiatement en fonctions. Il n'est pas assujetti, comme en Allemagne, soit à se faire au préalable confirmer par les tribunaux ou toute autre autorité, soit à fournir caution ou à donner d'autres garanties[2]. La loi française n'accorde au mineur d'autre sûreté qu'une hypothèque sur les immeubles du tuteur.

17 [Demolombe, 7, n. 350.]

1 Locré, 5, p. 66. L'*actio subsidiaria adversus magistratum* du droit romain est inconnue en droit français. [En ce qui concerne le juge de paix, V. le paragraphe qui précède, note 14.]

2 V. Proudhon, 2, p. 194; Duranton, 3, n. 473; [Merlin, *Rép.*, vo *Avis de parents*; Demolombe, 7, n. 352.]

1 Le droit français n'admet pas la tutelle conventionnelle, *tutela pactitia*, arg. art. 398, 1388.

2 [Sous l'ancien droit, certaines coutumes obligeaient le tuteur à fournir caution; et on s'est demandé, mais la question est aujourd'hui sans intérêt, si la survenance du Code civil avait eu pour effet d'opérer de plein droit la décharge des cautions des tuteurs nommés avant sa promulgation. V. Turin, 5 mai 1810; Caen, 23 nov. 1812, et Cass., 10 nov. 1813.]

§ 207. *De la tutelle des père et mère.*

Pendant le mariage [1], les enfants légitimes [2] ne sont pas en tutelle, mais sous la puissance paternelle, même pour leur fortune. Il en est ainsi tant que le mariage n'est pas dissous par le divorce [3] ou par la mort civile de l'un des époux ; en d'autres termes, et pour employer le langage juridique, le père a, pendant le mariage, l'administration de la fortune de ses enfants, art. 389 [4]. V. aussi art. 227.

Il suit de là : 1° que le père d'un enfant légitime est apte, en cette qualité, à faire pendant le mariage, au nom et dans l'intérêt de cet enfant, tout ce que le tuteur est autorisé à faire au nom et dans l'intérêt du mineur [5]. Un enfant légitime n'a donc, sauf dans les hypothèses ci-dessus, aucun besoin d'un tuteur. Il trouve dans son père un représentant [6] et un défenseur [7]; à moins qu'il ne s'élève entre son père et lui une contestation, ou qu'ils n'aient

[1] V. cependant art. 141, 142, 143, et *sup.*, le titre de l'*Absence*. [V. aussi *sup.*, § 195, note 5.]

[2] Pour la tutelle des enfants naturels, V. *sup.*, le titre de la *Paternité* et de la *Filiation*, § 171. [V. aussi *sup.*, § 195, note 3, et *inf.*, note 20.]

[3] V. Toullier, 2, n. 1094, et le titre du *Divorce*, § 148.

[4] Cet article a été ajouté sur la proposition du Tribunat; il faut recourir pour son interprétation aux observations de ce corps. V. Locré, sur l'art. 389; Merlin, *Rép.*, v° *Puissance paternelle*, sect. 4, n. 11 et 14. [L'administration que la loi accorde au père, pendant le mariage, des biens de ses enfants mineurs, est un effet de la puissance paternelle : ce n'est pas une tutelle proprement dite. Aussi les auteurs trouvent-ils généralement que l'art. 389 eût été mieux placé au titre de la *Puissance paternelle* qu'au titre de la *Tutelle*. Nous ne partageons pas cet avis : cette administration a beaucoup des effets de la tutelle, et les règles qui la concernent complètent tout ce qui touche à l'administration des biens et de la personne des mineurs depuis leur naissance jusqu'à leur majorité, dans toutes les phases qu'ils peuvent successivement parcourir. Un reproche plus fondé peut-être adressé au Code, c'est de n'avoir pas déterminé les règles et les conditions de l'administration que, d'accord en ce point avec la nature, il confie au père de famille, et d'avoir laissé au hasard des interprétations individuelles le soin de résoudre des questions d'autant plus graves qu'elles touchent à l'organisation et à la tranquillité des familles.]

[5] [Sous quelles conditions peut-il le faire? Peut-il faire plus que le tuteur? Peut-il autant? Sur toutes ces questions, V. *inf.*, les notes qui suivent, et surtout la note 12.]

[6] [Le père peut en conséquence recevoir les sommes dues à ses enfants et en donner quittance : il n'a pour cela besoin d'aucune autorisation et il n'est pas tenu de fournir caution, Toulouse, 26 août 1818.]

[7] Cass., 2 juin 1821. V. cependant *sup.*, § 187. — [Il suit de là que le père représente en justice ses enfants mineurs dans les procès civils qui les intéressent. Mais il ne les représente pas dans les procès criminels : c'est alors la personne du mineur qui est en cause, c'est donc sa personne qui doit répondre. Nous pensons même que le père ne pourrait ni interjeter appel ni se pourvoir en cassation contre les arrêts ou jugements rendus au criminel contre son fils mineur. Le droit d'appeler d'une condamnation personnelle est essentiellement personnel, Morin, *Dr. crim.*, v° *Appel*, § 3. — *Contrà*, l'arrêt précité du 2 juin 1821; Carnot, 1, p. 583. — Si cependant le père avait été cité comme civilement responsable des faits de son fils mineur, et condamné comme tel en des dommages-intérêts, il pourrait interjeter appel de ce chef.]

des intérêts opposés, comme dans le cas d'une succession [8] : il faut alors donner à l'enfant un tuteur *ad hoc* [9].

2° Bien que le père d'un enfant légitime lui tienne lieu de tuteur pour la défense et la représentation de ses droits, il n'est cependant pas soumis aux mêmes mesures de précaution que le tuteur. La loi ne lui impose pas de subrogé tuteur [10], et le conseil de famille n'exerce pas sur lui le même contrôle que sur le tuteur [11]. V. art. 454. Enfin le droit du père d'administrer la fortune de son enfant et de le représenter dans tous les actes de la vie civile doit être, sauf les exceptions expressément déterminées par la loi [12], considéré comme illimité. Il est tenu cependant, à la ma-

[8] [Sur le point de savoir quand le père ou le tuteur a des intérêts opposés à ceux du mineur, V. *inf.*, § 225.]

[9] Proudhon, 2, p. 170; Duranton, 3, 415; Turin, 9 janvier 1811. [Tous les auteurs sont d'accord sur la nécessité de nommer un tuteur *ad hoc* au mineur qui a dans une affaire des intérêts opposés à ceux de son père, administrateur de ses biens. V. Fréminville, n. 14; Marcadé, 2, p. 155; Demolombe, 6, n. 422. — M. Duranton, 3, n. 415, est du même avis; seulement il pense que ce n'est pas un tuteur *ad hoc* qu'il faut nommer au mineur, mais un subrogé tuteur *ad hoc*. C'est une erreur qui en soi n'a pas une grande importance, mais elle est de nature à faire supposer que le père administrateur est un tuteur. V. la note suiv. — Ajoutons que lorsqu'il devient nécessaire de nommer un tuteur *ad hoc*, cette nomination doit être faite, non par le tribunal de première instance, mais par un conseil de famille spécialement convoqué pour faire cette nomination. V. *inf*, § 210. C'est ce que juge l'arrêt précité de Turin, du 9 janv. 1811.]

[10] [C'est la conséquence de ce que pendant le mariage le père n'est pas tuteur. Cass., 4 juill. 1842, S. V., 42, 1, 601; Toullier, 2, n. 1090; Duranton, 3, n. 415; Marcadé, 2, p. 154; Demolombe, 6, n. 42; Fenet, 10, p. 608.]

[11] [C'est encore la conséquence de ce qu'il n'y a pas de tutelle. Néanmoins, il peut être nécessaire de convoquer un conseil de famille accidentellement et pour une affaire déterminée. V. *sup.*, note 9. et *inf.*, note 21; Marcadé, *ubi sup.*; Demolombe, *ib.*, n. 423.]

[12] L'art. 457 contient-il une exception à cette règle? Elle ne résulte pas de ses termes, mais de son esprit. [Il est assez difficile de déterminer le point où s'arrête le droit du père en tant qu'administrateur des biens de ses enfants mineurs. Aucune loi ne donne au père des pouvoirs illimités; aucune loi ne détermine les limites de ses pouvoirs. Cette limite se trouve dans la nature même des choses : le père est administrateur des biens de ses enfants mineurs; il peut donc faire tout ce que peut faire un administrateur; et comme il est en même temps usufruitier, V. *sup.*, § 189, il a, dans son administration, une liberté d'action qui ne peut appartenir à un administrateur ordinaire, par exemple, au tuteur. Et, prenant l'administration du tuteur pour point de comparaison d'autant plus naturel qu'il s'agit d'une minorité, il nous paraît constant que le père peut faire seul tous les actes que le tuteur peut faire seul, et même tous les actes que le tuteur ne peut faire qu'avec l'assistance du subrogé tuteur ou l'autorisation du conseil de famille, art. 451, 452, 455, 456. L'intervention d'un subrogé tuteur, d'un conseil de famille, dans des actes de pure administration suppose une tutelle organisée, et nous avons vu que dans l'administration paternelle il n'y a pas de subrogé tuteur, et que si le conseil de famille peut être accidentellement convoqué, il n'en est pas un des éléments habituels. V. Marcadé, 2, p. 155, n. 4; Demolombe, 6, n. 443 et s. — Mais le père n'est qu'administrateur; il ne peut donc, en cette qualité, faire les actes qui excèdent les bornes des pouvoirs les plus étendus d'un administrateur, et spécialement, les actes d'aliénation, du moins les actes d'aliénation des immeubles. Car, quant aux meubles corporels ou meublants qui se détériorent par l'usage, dont l'usage lui appartient en tant qu'usufruitier, et qu'il peut être nécessaire de renouveler et de remplacer, que le tuteur lui-même peut vendre, art. 452, il est incontestable que le père adminis-

jorité de l'enfant, ou à son émancipation[13], de lui présenter les comptes de l'administration de sa fortune et de la lui remettre[14] en principal et revenus, déduction faite de la portion qui lui est attribuée en vertu de son droit de jouissance légale[15], art. 380.

3° L'administration que la loi confie au père cesse dans les mêmes cas que la puissance paternelle[16]. Elle peut aussi lui être retirée par le conseil de famille pour cause d'inconduite notoire, d'incapacité ou d'infidélité[17], arg. art. 444. Mais la cessation du droit

trateur est également autorisé à les vendre et à en disposer pour le mieux des intérêts du mineur. Et quant aux meubles incorporels, tels que les rentes, les créances, le droit d'en disposer peut être quelquefois utile à la bonne gestion des intérêts et de la fortune du mineur ; et le tuteur pouvant vendre les rentes sur l'Etat avec la seule autorisation du conseil de famille, L. 24 mars 1806, on doit reconnaître que le père qui n'est pas soumis au contrôle d'un conseil de famille a le droit de faire des actes analogues d'aliénation sans avoir besoin d'aucune autorisation. V. cependant Liège, 8 déc. 1836, *Journ. du pal.*, 27, 1683. Quant aux immeubles, il nous semble hors de doute qu'en tant qu'administrateur le père ne peut pas les aliéner ; et cependant il est certain qu'il peut se présenter des circonstances où cette aliénation est utile et même nécessaire. Dans ce cas, le père qui ne trouve pas en lui le pouvoir de vendre doit donc s'y faire autoriser de la même manière que, dans le même cas, le tuteur auquel en ce point il est complétement assimilable, serait obligé de le faire lui-même, c'est-à-dire en se faisant autoriser par un conseil de famille spécialement convoqué, et en soumettant la délibération de ce conseil à l'homologation du tribunal. V. Marcadé, *ibid.*; Demolombe, 6, n. 446.]

[13] Duranton, 3, n. 417. [Mais non au moment où cesse l'usufruit légal, puisque l'administration qui dure pendant toute la minorité, sauf le cas d'émancipation, survit à l'usufruit qui cesse quand le mineur a accompli sa dix-huitième année, art. 384.]

[14] Sur la question de savoir si l'administration du père donne à l'enfant un droit d'hypothèque légale sur ses biens, V. *inf.*, le tit. des *Hypothèques*.

[15] Proudhon, de *l'usufruit*, 1, p. 232. [Sur la jouissance légale et les biens auxquels elle s'applique, V. *sup.*, § 189.]

[16] [Sur le point de savoir comment cesse la puissance paternelle, V. *sup.*, § 192. L'interdit, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire étant assimilés au mineur, et par conséquent incapables d'administrer leurs biens, perdent le droit d'administrer le bien des autres, et ne sont pas plus capables d'être administrateurs des biens de leurs enfants qu'ils ne le seraient d'être leurs tuteurs, art. 442.]

[17] Paris, 29 août 1825; Cass., 16 déc. 1829. [C'est là une question fort délicate : que celui qui est légalement incapable d'administrer ses biens, comme l'interdit, V. la note qui précède, soit par la même raison reconnu incapable d'administrer les biens de ses enfants mineurs, cela se comprend : c'est une conséquence nécessaire de l'art. 509 qui assimile l'interdit au mineur pour sa personne et pour ses biens. Mais on comprend moins facilement qu'on puisse étendre à l'administration du père les causes d'exclusion ou de destitution que l'art. 444 prononce contre le tuteur qui est d'une inconduite notoire, qui est incapable ou infidèle. La tutelle est déférée par la loi ; l'administration des biens étant un appendice de la puissance paternelle, est en quelque sorte conférée par la nature, et appartient à tous ceux qui ne sont pas atteints par une incapacité légale. Mais peut-être ce point de vue est-il trop exclusif : le respect dû au principe éminemment social de l'autorité paternelle ne doit pas faire oublier les principes de la morale et l'intérêt des mineurs qui ont aussi leurs droits. Or, il n'y a rien de plus contraire à la morale et à l'intérêt des mineurs, que de laisser l'administration de la personne d'un enfant à un père dont l'inconduite est notoire, et de laisser l'administration des biens à celui qui n'est pas digne d'administrer la personne, ou dont la gestion atteste l'incapacité et l'infidélité. Nous pensons donc avec les auteurs et la jurisprudence que les causes d'exclusion prononcées par l'art. 444 contre le tuteur sont également applicables au père. V. Cass., 16 janvier 1829; Paris, 29 août 1825; Chardon, 2, n. 40 et s.; Fréminville, 1, n. 17; Demolombe, 6, n. 424. Nous croyons même qu'il y a lieu de rejeter,

de jouissance légale du père n'entraîne pas la cessation de son administration[18].

Lorsque le mariage est dissous par la mort naturelle ou civile

du moins dans sa généralité, une distinction faite par l'arrêt précité du 29 août 1825, approuvée par M. Toullier, 2, n. 1170, et aux termes de laquelle le père, administrateur pendant le mariage des biens de ses enfants mineurs, ne peut pas pour cause d'incapacité, infidélité ou inconduite notoire, être destitué relativement à la *personne* de ses enfants mineurs ; et qu'il ne peut être destitué que de l'administration de leurs *biens* ; de telle sorte que le père qui perdrait tout pouvoir sur les biens conserverait son autorité sur la personne. Cela ne nous semble pas absolument admissible : c'est une question d'appréciation. Il se peut que les causes de destitution n'aient pas une gravité telle qu'il soit indispensable de destituer le père de toutes ses fonctions, par exemple, lorsqu'il n'est atteint que d'infidélité et d'incapacité ; mais il se peut aussi qu'il doive être réputé complétement indigne d'en exercer aucune, comme dans le cas d'inconduite notoire ; et alors il y aurait quelque chose de contradictoire à lui ôter l'administration des biens, que malgré son inconduite il peut être fort capable de gérer utilement, et de lui laisser l'administration de la personne de ses enfants qu'il pervertit par ses mauvais exemples. Le tribunal appréciera. Nous disons le tribunal, parce que le père administrateur n'étant pas comme le tuteur sous le contrôle d'un conseil de famille, c'est à l'autorité judiciaire qu'il y a lieu de recourir pour faire ordonner la destitution du père et les mesures que cette destitution peut rendre nécessaires, Marcadé, 2, p. 156 ; Demolombe, 6, n. 425. — Il faut au surplus observer que la privation de l'administration des biens et de la personne de l'enfant n'enlève pas au père ou à la mère la jouissance légale de ces mêmes biens. V. *sup.*, § 189. — C'est encore une question des plus controversées que celle de savoir si la condition imposée à un legs ou à une donation, que le père du mineur légataire ou donataire n'aura pas l'administration des biens qui font l'objet de la libéralité, est valable ou nulle. Les uns la considèrent comme attentatoire à la puissance paternelle, et par conséquent comme nulle. V. Besançon, 15 nov. 1807 ; Caen, 11 août 1825 ; Rouen, 29 mai 1845, S. V., 46, 2, 379 ; Toullier, 2, n. 1068, et 5, n. 268 ; Delaporte, sur l'art. 387 ; Merlin, *Rép.*, v° *Puiss. pat.*, sect. 5 ; Favard, *Rép.*, *eod. verb.*, sect. 3, § 3, n. 10 ; Marcadé, 2, p. 156. Les autres, au contraire, ne voient pas dans cette clause une atteinte aux droits essentiels du père, et décident qu'elle est valable, Nîmes, 20 déc. 1837, S. V., 38, 2, 270 ; Caen, 20 nov. 1840, S. V., 41, 2, 78 ; Proudhon, *Usuf.*, 1, n. 240 et s. ; Rolland de Villargues, v° *Puiss. pat.*, n. 30 ; Vazeille, *Du mar.*, 2, n. 458, et *Des donat.*, sur l'art. 900, n. 24 ; Chardon. n. 135. Enfin un troisième système considère cette condition comme n'étant ni absolument nulle ni absolument valable, et laisse aux tribunaux le soin de la maintenir ou de l'annuler selon les circonstances, par exemple, selon que cette condition semble introduite dans l'intérêt bien entendu de l'enfant ou qu'elle semble n'avoir pour but que d'atteindre le père dans sa considération en diminuant inutilement son autorité, Demolombe, 6, n. 458. Nous nous réunissons à cette dernière opinion. L'administration des biens, à la différence de l'administration de la personne, n'est pas un des attributs essentiels de la paternité. Il n'est donc pas absolument impossible d'y apporter accidentellement certaines restrictions, sauf aux tribunaux à veiller, dans l'intérêt public et privé, à ce que ces restrictions soient renfermées dans de justes limites. — Sur l'usufruit légal, V. *sup.*, § 189, notes 9, 19 et 24.]

[18] Locré, sur l'art. 389 ; Vazeille. *Du mariage*, 2, 457. [La jouissance légale cesse à dix-huit ans ; la majorité ou l'émancipation mettent seules fin à l'administration, quand cette administration n'a pas cessé plus tôt par un fait personnel au père. V. la note qui précède. — Quand par un de ces faits personnels au père (interdiction, destitution) il se trouve privé de l'administration des biens de ses enfants, cette administration passe à la mère, avec cette distinction toutefois que si un autre que la mère était donné pour tuteur au père interdit, ce tuteur aurait l'administration des biens dont le père interdit aurait l'usufruit légal. Quant à l'administration de la personne des enfants mineurs, à défaut du père, elle appartient toujours à la mère. A défaut du père et de la mère, si tous les deux étaient incapables d'administrer, les tribunaux devraient nommer un administrateur judiciaire, Marcadé, 2, p. 158 ; Demolombe, 6, n. 449 et s. V. *sup.*, § 195, note 5.]

de l'un des époux [19], le survivant, c'est-à-dire le père ou la mère du mineur, est chargé de plein droit de la tutelle des enfants qui en sont issus, art. 390 [20] ; l'état de minorité de l'époux survivant ne change rien à cette règle [21], art. 442. Il y a cependant une différence entre le père et la mère, relativement à la tutelle de leurs enfants : le père est tenu de s'en charger [22]; la mère, au

[19] Par suite, l'interdiction de l'un des époux ou la condamnation par contumace à une peine emportant la mort civile ne donnent pas lieu à l'ouverture de la tutelle, du moins dans le second cas pendant cinq ans. V. Duranton, 3, n. 418. [V. au surplus sur le moment où s'ouvre la tutelle, *sup.*, § 195.]

[20] [Avec cette différence toutefois que rien ne peut restreindre les limites légales des pouvoirs du père, tandis que le père peut limiter ceux de la mère en la soumettant à la surveillance d'un conseil spécial, art. 391, 392. V. *inf.*, § 247. — Il y a à remarquer encore que la tutelle légale du père ou de la mère sur leurs enfants mineurs n'a lieu qu'en ce qui touche les enfants légitimes. La tutelle des enfants naturels n'est jamais légitime, elle est toujours dative. Cette question, qui divise les auteurs et la jurisprudence, nous semble résolue par cette raison qui répond à toutes les considérations invoquées par les partisans de la tutelle légale des enfants naturels, qu'il ne peut y avoir de tutelle légale que celle qui est établie par la loi, et qu'aucune loi n'a établi la tutelle des pères et mères naturels sur leurs enfants mineurs, Toulouse, 25 juillet 1809; Paris, 9 août 1811; Amiens, 23 juillet 1814; Grenoble, 5 avril 1819; Agen, 19 fév. 1830; Duranton, 3, n. 431; Favard, *Rép.*, v° *Tutelle*, § 1, n. 5; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, v° *Enfant naturel*, n. 62; Merlin, *Quest.*, v° *Tuteur*, § 4; *Encycl. des juges de paix*, v° *Enfant naturel*, p. 55; Richefort, 2, n. 275; Valette sur Proudhon, 2, p. 290; Marcadé, 2, sur l'art. 390; Demolombe, 8, n. 382 et s. — *Contrà*, Toulouse, 1er sept. 1809; Bruxelles, 4 fév. 1811; Colmar, 24 mars 1813; Grenoble, 21 juill. 1836, S. V., 37, 2, 471; Loiseau, *Enf. nat.*, p. 537; Delvincourt, 1, p. 425; Magnin, *Minorités*, 1, n. 502 et 504; Vazeille, *Du mariage*, 2, n. 478 et s.; Marchand, p. 110; Chardon, *Puiss. pat.*, n. 80 et s.; Cubain, *Droits des femmes*, n. 82. — Sur l'époque de l'ouverture de la tutelle des enfants naturels, V. *sup.*, § 195, note 3. — Des lois particulières règlent la tutelle des enfants admis dans les hospices, des enfants trouvés ou abandonnés. L. 15 pluv. an XIII; décr. 19 janv. 1811.]

[21] Si le père ou la mère sont en état de minorité, l'assistance du curateur qui leur est nécessaire pour leurs propres affaires l'est aussi pour celles de la tutelle dont ils sont chargés, Locré, sur l'art. 442. Quelques auteurs, comme Delvincourt, 1, p. 289; Duranton, 3, n. 502, croient que l'intervention du subrogé tuteur est nécessaire; d'autres réclament la nomination d'un curateur spécial. [La règle est que les actes que le mineur émancipé peut faire seul et sans aucune assistance, pour son propre compte, le père ou la mère en état de minorité peut les faire seul, et sans aucune assistance, pour le compte de son enfant mineur. Quant aux actes pour lesquels il a besoin d'une assistance, comme il s'agit plutôt de l'habiliter que de surveiller les intérêts du mineur, nous pensons qu'il doit être assisté de son propre curateur, et non du subrogé tuteur de l'enfant mineur. Marcadé, sur l'art. 442. — *Contrà*, Demolombe, 7, n. 465. — Mais quand il aura besoin de l'autorisation du conseil de famille, comme cette autorisation lui est nécessaire, non en tant que mineur émancipé, mais en tant que tuteur, c'est au conseil de famille de son enfant mineur qu'il devra la demander. Demolombe, *ibid.*, n. 466.]

[22] Cass., 4 fév. 1835, S. V., 35, 1, 81. [Aux termes de cet arrêt, si, en général, le père, tuteur légal, ne peut se décharger de la tutelle par une simple démission, cette démission peut être acceptée par le conseil de famille, quand elle est donnée à la suite d'une demande en destitution dont le conseil de famille est saisi : en d'autres termes, le conseil de famille qui pourrait prononcer la destitution peut se contenter de la démission. — Le tuteur légal qui ne peut se démettre peut d'ailleurs se faire excuser, comme tout autre tuteur, quand il se trouve dans un cas d'excuse légale. V. *inf.*, § 215. Demolombe, 7, n. 107; Marcadé, sur l'art. 394.]

contraire, peut s'affranchir de cette obligation tant qu'elle n'a ni expressément ni implicitement fait acte d'administration[23], à la charge par elle de requérir la convocation du conseil de famille pour nommer un tuteur[24]. Jusqu'au moment de la nomination de ce tuteur, elle en a tous les devoirs, art. 394[25].

§ 208. *De la tutelle déférée par le père ou la mère*[1].

Le père et la mère[2] ont également le droit de choisir un tuteur à leurs enfants légitimes[3]; et ni l'un ni l'autre ne peut entraver son conjoint dans l'exercice de ce droit[4]. Cependant ce n'est qu'au survivant, ou plutôt au dernier mourant, qu'il appartient d'en faire usage[5]: au père après la mort physique ou

[23] Locré, sur l'art. 394; Duranton, 3, n. 423. L'article dit seulement: *La mère n'est point tenue d'accepter la tutelle.* Quoique l'on puisse induire de ces expressions que, la tutelle une fois acceptée par la mère, celle-ci ne peut plus s'en décharger, il faut cependant admettre qu'elle n'a pas besoin d'excuses légales pour se démettre de cette charge, il suffit qu'elle invoque des motifs raisonnables. [Cela revient à dire que la mère a le droit absolu de ne pas accepter la tutelle, ou de la refuser avant de l'avoir acceptée, tandis qu'après son acceptation, le conseil de famille a la faculté d'admettre ou de refuser sa démission, Marcadé, sur l'art. 394; Demolombe, 7, n. 112. Mais ce moyen terme n'est pas autorisé par l'art. 394 qui donne seulement à la mère le droit de ne point accepter la tutelle, et par conséquent qui lui refuse celui de s'en décharger après l'avoir acceptée, à moins qu'elle ne se trouve, comme tout autre tuteur, dans un cas d'excuse légale, Duranton, 3, n. 423; Locré, sur l'art. 394; Boileux, sur le même article.— A plus forte raison ne doit-on pas admettre le système de la Cour de Limoges, 17 mai 1808, et de Magnin, 1, n. 434, qui pensent que la mère peut se démettre de la tutelle après l'avoir acceptée, aussi bien qu'elle peut ne pas l'accepter.—Un arrêt de la Cour de Paris, du 24 juill. 1835, S. V., 35, 2, 404, a jugé que la mère pouvait se démettre de la tutelle si des circonstances particulières l'empêchaient d'en remplir les devoirs. Mais il s'agissait d'un cas particulier et exceptionnel, de Mme la duchesse de Berry qui, exclue du territoire français par la loi du 10 avril 1832, était empêchée par son éloignement forcé d'administrer les biens de ses enfants situés en France.]

[24] La tutelle légale des ascendants n'a pas lieu dans ce cas. V: Duranton, 3, n. 422.

[25] [Quand le tuteur nommé en remplacement de la mère qui n'a pas accepté la tutelle vient à cesser ses fonctions, la tutelle n'est pas dévolue de plein droit à la mère: elle a par son refus d'acceptation perdu son droit à la tutelle légale; mais elle peut être nommée par le conseil de famille, et alors la tutelle est dative, Magnin, 1, n. 435.]

[1] [Ou tutelle *testamentaire*, bien qu'elle puisse être déférée autrement que par un acte de dernière volonté. V. *inf.*, note 14.]

[2] Ce droit n'appartient à nulle autre personne.

[3] [A leurs enfants légitimes mineurs, mais non aux majeurs qui, à raison de leur état d'interdiction, seraient retombés en tutelle. La tutelle des interdits est toujours déférée par le conseil de famille, art. 505 et s., Cass., 11 mars 1812; Paris, 1er mai 1813; Toullier, 2, n. 1336; Duranton, 3, n. 752; Chardon, n. 30. — V. *inf.*, § 235.]

[4] Ainsi la mère conserve ce droit même dans le cas où son mari lui a donné un conseil pour l'assister dans l'administration de la tutelle. [Et sans qu'elle ait besoin, dans ce cas, de l'assistance de ce conseil, Demolombe, 7, n. 152.]

[5] Ce droit de nomination n'appartient à la mère que pour l'hypothèse de son décès, et non pour le cas où elle refuse la tutelle, ou s'en fait décharger, après l'avoir administrée, art. 314. La question est plus douteuse vis-à-vis du père survivant qui s'est fait excuser. Delvincourt, sur l'art. 397, lui refuse le droit de choisir un tuteur à ses enfants. Toullier,

civile de la mère, à la mère après celle du père[6], art. 397.

Ce droit cesse pour chacun des époux : 1° dans le cas où il a été exclu ou destitué de la tutelle[7], arg. art. 399, 445 ;

2° S'il a refusé d'accepter la tutelle, art. 394, ou si, après l'avoir acceptée, il s'est fait excuser[8] ;

3° Si pour une cause quelconque, par suite de la mort civile,

2, n. 1103, est moins positif. [V. aussi Favard, *Répert.*, v° *Tutelle*, § 2.] Il est certain que pour la tutelle qui nous occupe le Code suppose toujours qu'elle ne s'ouvre qu'après la mort de celui qui a élu un tuteur. [La question ne nous paraît pas plus douteuse pour le père que pour la mère ; ce n'est pas au *survivant* des père et mère que l'art. 397 donne le droit de choisir un tuteur : c'est au *dernier mourant* ; ce qui démontre à ne pouvoir s'y méprendre, que l'art. 397 entend parler d'un choix dont l'effet ne se fera sentir qu'après la mort de celui qui l'a fait, Delvincourt, 1, p. 109 ; Duranton, 3, n. 434 ; Chardon, n. 29 ; Demolombe, 7, n. 160 ; Marcadé, sur l'art. 397. — *Contrà*, Maleville, 1, p. 413. V. encore *inf*, note 8.]

[6] Ou après l'interdiction du conjoint, Delvincourt, sur l'art. 396, est de cet avis. Duranton, 3, n. 434 et s, est d'une opinion contraire. [Cette dernière opinion est la bonne Le texte de l'art. 397 est précis : c'est au *dernier mourant* seul qu'il appartient de choisir un tuteur ; et l'époux qui meurt, laissant son conjoint en état d'interdiction, est le *premier* et non le *dernier* mourant, Valette sur Proudhon, 2, p. 293 ; Marcadé, sur l'art. 397 ; Demolombe, 7, n. 156 ; Fréminville, 1, n. 72. — *Contrà*, Rennes, 9 fév. 1813. — Si l'un des époux était absent, le conjoint prémourant pourrait-il choisir un tuteur ? Non, sans aucun doute, si l'absence n'est que présumée, Marcadé, sur l'art. 397. — Et nous pensons qu'il en serait encore ainsi même au cas d'absence déclarée, car l'absence n'est pas la mort, Demolombe, 2, n. 325. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 397.]

[7] Delvincourt, sur l'art. 398. [Par ce motif déterminant, que le survivant des père et mère, exclu ou destitué, ne pourrait pas concourir comme membre du conseil de famille à la nomination d'un tuteur datif ; à plus forte raison ne peut-il pas faire seul ce qu'il ne pourrait faire avec d'autres, Duranton, 3, n. 436 ; Valette sur Proudhon, 2, p. 293 ; Chardon, n. 36 ; Marcadé, sur l'art. 397 ; Demolombe, 7, p. 158. — Mais peut-on conclure de là que le père ou la mère qui a été exclu d'une tutelle autre que celle de ses enfants soit incapable de leur choisir un tuteur ? Nous ne le pensons pas : capable de gérer lui-même la tutelle, il doit être capable de la transmettre, Chardon, n. 37 ; Demolombe, 7, n. 158. — *Contrà*, Duranton, *ubi sup.*]

[8] Delvincourt, sur l'art. 397 ; Maleville, sur le même art. ; Duranton, 3, n. 438. [La question est fort controversée. Il y a trois systèmes : l'un, qui accorde dans tous les cas au père et à la mère refusant, ou excusé, le droit de choisir un tuteur, Maleville, 1, p. 413 ; Duranton, 3, n. 438 ; l'autre, qui leur refuse ce droit, également dans tous les cas, Delvincourt, 1, p. 431 ; Marcadé, 2, p. 211 ; Demolombe, 7, n. 163 ; enfin, le troisième, qui distingue entre les cas où, au décès du dernier mourant, l'enfant a un tuteur, à lui donné en remplacement de son tuteur légal, refusant ou excusé, et le cas où l'enfant n'a pas encore de tuteur ; et qui refuse, dans le premier, au dernier mourant le droit de choisir un tuteur, pour le lui accorder dans le second, Chardon, n. 38 et 39 ; Taulier, 2, p. 20. Ce dernier système est préférable. Bien que le père ou la mère refusant ou excusé n'exerce pas la tutelle, il y a toujours en lui, à la différence de celui qui est exclu ou destitué, le pouvoir de l'exercer ; il n'est pas tuteur, mais il pourrait l'être : il a donc le pouvoir de transmettre la tutelle. Mais comme il n'a pas le droit de destituer un tuteur en exercice, ce pouvoir de transmission cesse, si, au moment du décès du dernier mourant, la tutelle se trouve déjà occupée par un tuteur nommé en remplacement du tuteur légal refusant ou excusé. — A plus forte raison, le père ou la mère refusant ou excusé, qui plus tard aurait été rappelé à la tutelle par le conseil de famille, et qui serait ainsi devenu tuteur datif, pourrait-il choisir un tuteur testamentaire, Demolombe, 7, n. 164 ; Fréminville, 1, n. 76. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 397.]

par exemple, il a été déchu du droit de puissance paternelle [9];

4° Lorsqu'il s'agit de la mère, si, convolant à de secondes noces, elle n'a pas été au préalable maintenue dans la tutelle des enfants issus de son premier mariage [10], art. 399 ; et même lorsqu'elle a été maintenue, le choix fait par elle d'un tuteur pour les enfants du premier mariage n'est valable qu'autant qu'il est confirmé par le conseil de famille [11], art. 400.

La minorité de l'époux survivant ne gêne en rien l'exercice de son droit [12].

Le choix d'un tuteur par l'époux survivant peut avoir lieu, soit dans un acte de dernière volonté, suivant les formes usitées pour les testaments [13] ; soit par une déclaration devant le juge de paix du domicile des époux [14], soit par un acte devant notaire, art. 392 et 398.

Le tuteur élu par le père ou la mère n'est tenu d'accepter la tutelle qu'autant qu'il se trouve parmi les personnes que le conseil de famille, à défaut de cette élection, aurait pu en charger, art. 401 et 432.

Le choix d'un tuteur par l'époux survivant peut, comme tout autre acte de dernière volonté, être révoqué ou modifié [15].

[9] Duranton, 3, n. 436. [Le mort civil, alors même qu'il a survécu à son conjoint, ne peut pas être réputé le dernier mourant.]

[10] On est autorisé à penser, d'après cette expression : *maintenue*, que le droit de choisir un tuteur appartient à la mère qui a perdu la tutelle légale de ses enfants par suite du § 2 de l'art. 395, et à laquelle le conseil de famille a déféré la tutelle dative, [Demolombe, 7, n. 164. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 397. — La règle qui interdit à la mère remariée le droit de choisir un tuteur testamentaire aux enfants de son premier mariage s'applique même au cas où elle serait redevenue veuve ; l'art. 399 est absolu, Demolombe, 7, n. 170 ; Duranton, 3, n. 436.—Mais alors elle pourrait incontestablement nommer un tuteur aux enfants de son second mariage, Demolombe, *ibid.*, n. 172.—Il est également certain que la règle de l'art. 399 ne s'applique qu'à la mère remariée, et non au père remarié, Demolombe, *ibid.*, n. 165.]

[11] Le conseil de famille apprécie souverainement, Duranton, 3, n. 437; [Demolombe, 7, n. 167.]

[12] [Demolombe, 7, n. 152; art. 442; mais les père et mère naturels n'ont pas le pouvoir de nommer un tuteur testamentaire. Ce pouvoir est la conséquence du droit de tutelle légale qui n'appartient qu'aux père et mère légitimes. V. *sup.*, § 207, note 20. — *Contrà*, Magnin, n. 465.]

[13] Ainsi, par exemple, le choix de l'époux survivant, consigné par lui dans un acte écrit, signé et daté de sa main, *serait* valable, bien qu'aucune autre disposition ne fût contenue dans cet acte, art. 970, [Marcadé, sur l'art. 398.]

[14] Le choix du juge de paix n'est donc pas indifférent. L'article dit : *devant le juge de paix*, et non, comme le projet du Tribunat : *devant un juge de paix*, Locré, sur l'art. 392.

[15] Locré, 5, p. 53. [Mais cette révocation doit être faite dans la forme exigée pour les actes de nomination. Il est, du reste, certain que le tuteur testamentaire peut être destitué dans les mêmes cas et de la même manière que tout autre tuteur.—Sur le point de savoir si le père ou la mère peuvent nommer plusieurs tuteurs, par exemple, un à la personne et un autre aux biens, V. *sup.*, § 198, note 3.]

§ 209. *De la tutelle légitime des autres ascendants.*

Lorsque l'époux survivant est mort sans avoir choisi un tuteur pour ses enfants [1], la tutelle revient, d'après la loi, à l'aïeul, dans la ligne paternelle du mineur ; à défaut de l'aïeul paternel, à l'aïeul dans la ligne maternelle ; enfin, à défaut de ce dernier, aux ascendants du degré suivant de la ligne paternelle et de la ligne maternelle, de manière à ce que l'ascendant paternel soit toujours préféré à l'ascendant maternel du même degré. Si dans la ligne paternelle il se trouve deux bisaïeuls, celui qui appartient à la ligne paternelle du père est préféré à celui qui appartient à la ligne maternelle. Si la même concurrence a lieu entre deux bisaïeuls de la ligne maternelle, le choix entre les deux ascendants doit être fait par le conseil de famille. La même règle s'applique par analogie pour les degrés plus éloignés, art. 402-404.

[1] Il faut donc recourir à la tutelle dative et non à la tutelle légitime des ascendants lorsque la tutelle légitime du père ou de la mère vient à cesser par une cause autre que leur mort, ou lorsque le tuteur choisi par l'époux survivant ne peut se charger de la tutelle ou s'excuse, Duranton, 3, n. 446 ; Cass., 26 fév. 1807 ; Toulouse, 18 mai 1832. S. V., 32, 2, 470. V. aussi Delvincourt, sur l'art. 402. [Cela demande quelques explications. La règle posée par l'art. 402, c'est qu'il n'y a lieu à la tutelle légitime des ascendants que lorsque le *dernier mourant* des père et mère n'a pas choisi un tuteur testamentaire. De là cette première conséquence, que tant que le père ou la mère existent, il n'y a pas lieu à la tutelle des ascendants, puisque cette tutelle ne s'ouvre que par le décès du dernier mourant. Si donc le père ou la mère, tuteur légal, est destitué, Toulouse, 18 mai 1832, S. V., 32, 2, 470 ; Duranton, 3, n. 441 et 451 ; Marcadé, sur l'art. 402 ; Demolombe, 7, n. 178 ; s'il donne sa démission, Paris, 24 juill. 1835, S. V., 35, 2, 405 ; Toullier, 2, n. 1107 ; Duranton, 3, n. 422 ; Marcadé, *ibid.* ; Demolombe, *ibid.*, il n'y a pas lieu à la tutelle légitime des ascendants, mais à la tutelle dative. Il en est de même dans le cas où la mère remariée perd la tutelle de ses enfants du premier lit, d'après l'art. 395, Cass., 26 fév. 1807 ; Toullier, 2, n. 1107 ; Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, § 2, art. 1, n. 3 ; Duranton, 3, n. 446 ; Magnin, 1, n. 487. — Toutefois si le tuteur légal démis ou excusé était ensuite rappelé à la tutelle, comme il aurait, dans ce cas, le droit de nommer un tuteur testamentaire, V. *sup.*, § 209, note 8, nous pensons que s'il n'usait pas de ce droit, son décès donnerait ouverture à la tutelle légitime des ascendants. — De la règle posée par l'art. 402 résulte aussi cette seconde conséquence, qu'il n'y a jamais lieu à la tutelle des ascendants quand le dernier mourant des père et mère a fait choix d'un tuteur testamentaire. Si donc le tuteur élu n'accepte pas, ou si, après avoir accepté, il donne sa démission, il n'y a pas lieu à la tutelle légale des ascendants, parce qu'au moment où s'ouvre la tutelle, il y a un tuteur testamentaire, Toullier, 2, n. 1107 ; Duranton, 3, n. 441 ; Chardon, n. 45 ; Marcadé, sur l'art. 402 ; Demolombe, 7, n. 179. — *Contrà*, Bruxelles, 11 mars 1819 ; Magnin, 1, n. 478 ; Dalloz, *Jur. gén.*, 1re édit., v° *Tutelle*, p. 706.—Il en est de même s'il est destitué, Rouen, 18 déc. 1839, S. V., 40, 2, 178 ; Toullier, 2, n. 1107 ; Duranton, 3, n. 441 et 451 ; Chardon, n. 52 ; Marcadé, *ibid.* ; Demolombe, *ibid.* ; — ou s'il décède après avoir accepté, Toullier, 2, n. 1107 ; Demolombe, 7, n. 180 ; Marcadé, *ibid.* — *Contrà*, Duranton, 3, n. 441 ; Chardon, n. 45.—Mais si le tuteur élu avait prédécédé le dernier mourant des père et mère par lequel il a été choisi, comme ce choix ne produit son effet qu'au décès de celui qui l'a fait, et qu'il n'en produit aucun lorsque, ce décès arrivant, le prédécès de l'élu empêche qu'il ne se réalise, la tutelle se trouverait dévolue aux ascendants, Marcadé, *ubi sup.* — *Contrà*, Demolombe, *ubi sup.*]

Lorsque l'ascendant auquel la tutelle est ainsi déférée ne peut pas s'en charger ou s'abstient, en présentant une excuse légale, la tutelle ne passe pas de plein droit à l'ascendant qui, à son défaut, eût été appelé à se charger de la tutelle [2] : c'est le conseil de famille qui doit alors pourvoir à la nomination du tuteur [3].

La loi n'appelle pas les ascendantes à la tutelle [4].

§ 210. *De la tutelle déférée par le conseil de famille* [1].

C'est au conseil de famille [2] qu'il appartient de nommer un tuteur lorsque le mineur n'a ni tuteur légitime, ni tuteur choisi par le père ou la mère, ou lorsque le tuteur légitime ou le tuteur choisi ne peut ou ne veut, en s'appuyant sur un motif d'excuse régulier [3], se charger de la tutelle, art. 405. — Dans ce cas le juge de paix doit convoquer le conseil de famille, sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur [4], des parties intéressées,

[2] [Plusieurs hypothèses peuvent se présenter, où l'ascendant le plus proche a été excusé, exclu, ou destitué avant ou après avoir accepté : dans ce cas il n'y a pas lieu à dévolution à l'ascendant qui le suit dans l'ordre établi par les art. 402 et s. Quand un ascendant plus proche existe, un ascendant moins proche ne peut jamais être appelé à titre de tuteur légitime : en cas d'empêchement du tuteur désigné par la loi, il y a lieu à tutelle dative. Mais si l'ascendant le plus proche vient à décéder, la tutelle passe à l'ascendant qui le suit et qui se trouve alors l'ascendant le plus proche, Marcadé, sur l'art. 402; Demolombe, 7, n. 186 et s. — *Contrà*, sur le second point seulement, Duranton, 3, n. 447. — Remarquons au surplus que les ascendants ne peuvent refuser la tutelle qui leur est déférée par la loi que lorsqu'ils se trouvent dans un cas d'excuse légale, Demolombe, 7, n. 188. — *Contrà*, Pothier, *Des personnes*, part. 1, tit. 6, sect. 3, art. 1.]

[3] *Non est locus edicto successorio*. La loi dit seulement : *à défaut*, Duranton, 3, n. 477. V. aussi art. 405.

[4] L'art. 442 qui admet les ascendantes à la tutelle ne doit s'entendre que de la tutelle testamentaire et dative, Maleville et Delvincourt, sur l'art. 402; [Demolombe, 7, n. 183; Marcadé, sur l'art. 402.]

[1] [C'est la tutelle *dative*, par opposition à la tutelle légale des pères et mères, V. § 207, et des ascendants, V. § 209. La tutelle testamentaire, V. § 208, est bien aussi une tutelle dative, puisqu'elle est déférée par la volonté de l'homme et non par celle de la loi; mais dans le langage juridique, on réserve le nom de tutelle dative à celle qui est déférée par le conseil de famille.]

[2] Et non au tribunal même, dans le cas où la nomination faite par le conseil de famille a été annulée. Cass., 27 nov. 1816. [Sur ce point, ainsi que sur la question de savoir si les délibérations du conseil de famille portant nomination d'un tuteur sont susceptibles d'être attaquées, V. *sup.*, § 204, note 6.]

[3] V. § 209, note 1, et Duranton, 3, n. 440 et s. [En ce qui touche les excuses des ascendants, V. *sup.*, § 209, note 2; pour les excuses des tuteurs testamentaires, V. *sup.*, § 208, note 8; pour les tuteurs légaux, *sup.* § 207, note 22; et, pour les excuses en général, *inf.*, § 215.]

[4] C'est à dessein que le législateur n'a prononcé aucune peine contre les parents qui omettraient de remplir ce devoir. V. la discussion sur l'art. 406. [Toutefois, certaines personnes peuvent se trouver responsables du défaut de convocation : la mère qui refuse la tutelle, art. 394; les héritiers du tuteur obligés de gérer la tutelle jusqu'à la nomination d'un nouveau tuteur, art. 419; le subrogé tuteur qui, en cas de vacance de la tutelle, ne provoque pas la nomination d'un nouveau tuteur, art. 424. V. *inf.*, § 225.]

telles que ses créanciers ou ses débiteurs, V. aussi art. 409, ou même d'office.

Toute personne a capacité pour dénoncer au juge de paix le fait qui rend nécessaire la nomination d'un tuteur [5], art. 406. Cette nomination a lieu dans la forme ordinaire des délibérations et des résolutions du conseil de famille [6], et n'a pas besoin d'être homologuée par le tribunal [7]. Si elle n'a pas eu lieu contradictoirement avec le tuteur nommé, elle doit lui être notifiée dans le délai fixé par l'article 882 Pr. [8].

ARTICLE 4. — DU SUBROGÉ TUTEUR.

§ 211. *Quand y a-t-il lieu de nommer un subrogé tuteur? — Obligation de pourvoir à sa nomination. — De quelle manière il est nommé.*

Dans toute tutelle, même dans celle du père, lorsque après la mort de la mère il gère, en sa qualité de tuteur [1], la fortune de ses enfants; même dans celle de la mère, bien que son mari lui ait donné avant sa mort un conseil de tutelle [2], il y a lieu de nommer un subrogé tuteur [3], art. 420. — La tutelle *ad hoc* en est seule dispensée [4]. Le subrogé tuteur est nommé par le conseil de famille [5], art. 420.

Dans la tutelle légitime ou dans la tutelle déférée par le père ou

[5] C'est ainsi, mais seulement ainsi que le ministère public peut provoquer la nomination d'un tuteur, Merlin, v° *Ministère public*, § 7, n. 2. [Sur le point de savoir si le ministère public a qualité pour provoquer d'office la convocation du conseil de famille, V. *sup.*, § 202, note 7.]

[6] Paris, 6 oct. 1814. [V. *sup.*, note 2.]

[7] [Demolombe, 7, n. 191.]

[8] Pigeau, 2, p. 348. [Et à la diligence d'un membre désigné par le conseil de famille. En cas de négligence de ce membre, toute autre personne intéressée pourrait faire la notification, Thomines, n. 1037; Carré et Chauveau, n. 2992.]

[1] V. § 207.

[2] Il y a également lieu de nommer un subrogé tuteur au protuteur et au tuteur officieux, Delvincourt, sur l'art. 420. [Pourvu que le tuteur officieux ne soit pas seulement tuteur officieux, Marcadé, sur l'art. 420. V. *sup.*, § 182, note 7.]

[3] L'institution du subrogé tuteur vient du droit coutumier. Dans les pays de droit écrit, lorsque l'intérêt du mineur se trouvait en opposition avec celui du tuteur, on avait recours à un curateur *ad hoc*, Maleville, sur l'art. 420.

[4] Duranton, 3, n. 517. [Il a été jugé que lorsque, par suite de l'opposition des intérêts du mineur avec ceux de son tuteur, le subrogé tuteur prend la place de celui-ci, art. 420, V. *inf.*, § 225, il y a lieu de procéder à la nomination d'un subrogé tuteur *ad hoc*, Paris, 11 mars 1845, S. V., 44, 2, 143; et notamment dans les cas où il s'agit de faire courir les délais de l'appel d'un jugement rendu au profit du tuteur contre le mineur représenté par le subrogé tuteur, Cass., 1er avril 1833, S. V., 33, 1, 388. V. Demolombe, 7, n. 379 et s.]

[5] La subrogée tutelle n'est jamais légitime; elle est toujours dative, même dans le cas où le conseil de famille prend en considération le choix fait par le dernier mourant du père ou de la mère d'un subrogé tuteur, en le confirmant dans cette qualité, [Marcadé, sur l'art. 420; Demolombe, 7, n. 359. Toutefois, le curateur au ventre est de plein droit subrogé tuteur à la naissance de l'enfant, art. 393. V. *inf.*, § 244.]

la mère, V. § 207, 208 et 209, le tuteur doit, avant d'entrer en fonctions, faire convoquer le conseil de famille pour la nomination du subrogé tuteur. S'il néglige d'accomplir cette formalité, il est responsable du préjudice qui en résulte pour le mineur, et de plus, s'il y a eu fraude [6] de sa part, le conseil de famille, convoqué dans ce cas suivant le mode déterminé au paragraphe précédent, soit sur la réquisition et à la diligence des parents du mineur et des parties intéressées à la nomination du subrogé tuteur, soit même d'office par le juge de paix, peut lui retirer la tutelle, art. 421.

S'il s'agit d'un tuteur nommé par le conseil de famille, la nomination du subrogé tuteur a lieu immédiatement, et en présence du tuteur, art. 422.

Les principes exposés au § 202, relativement à la convocation du conseil de famille, s'appliquent au cas de nomination d'un subrogé tuteur. Le tuteur ne peut jamais prendre part à cette nomination [7], art. 423.

Les actes juridiques émanés du tuteur ne sont pas frappés de nullité par l'absence d'un subrogé tuteur [8].

ARTICLE 5. — DU DROIT DE GÉRER LA TUTELLE ET LA SUBROGÉE TUTELLE.

§ 212. *De la tutelle.*

Sont aptes à gérer une tutelle toutes les personnes auxquelles

[6] Cass., 12 mai 1830. [Mais seulement s'il y a eu fraude; sans préjudice des dommages-intérêts, qui sont dus lors même qu'il n'y a pas fraude, Marcadé, sur l'art. 421.]

[7] Locré, sur l'art. 423. [Pas plus qu'il ne peut voter sur les excuses, l'exclusion ou la destitution du subrogé tuteur, Marcadé, sur l'art. 423. — Mais il faut toujours que, y compris le tuteur, le conseil de famille soit en nombre suffisant pour délibérer. — Rien ne s'oppose, du reste, à ce que les parents du tuteur prennent part à la nomination du subrogé tuteur, Demolombe, 7, n. 366; Duranton, 3, n. 518. — Quant au subrogé tuteur, il peut, sans aucun doute, être membre du conseil de famille convoqué par le tuteur dans le cours de la tutelle, Cass., 3 sept. 1806; Marcadé, sur l'art. 423.]

[8] Ainsi, par exemple, un débiteur du mineur actionné en payement par le tuteur ne peut se défendre en lui opposant par exception que le subrogé tuteur n'est pas encore nommé, Riom, 1er mars 1817. [La règle posée par Zachariæ est trop générale. S'il s'agit d'actes que le tuteur peut faire seul, ou bien encore d'actes conservatoires, les tiers ne peuvent pas opposer le défaut de nomination d'un subrogé tuteur. Mais il en est autrement s'il s'agit d'actes pour la validité desquels la présence du subrogé tuteur est nécessaire, Demolombe, 7, n. 363 et s. Dans tous les cas, c'est avant d'avoir contracté qu'ils peuvent opposer le défaut de nomination ou l'absence du subrogé tuteur; après le contrat, ils ne seraient plus recevables, art. 1125. Spécialement la nullité prise de ce que le tuteur a plaidé sans qu'il y eût un subrogé tuteur nommé ne peut être opposée par le tiers qui a succombé; elle ne pourrait être invoquée que par le mineur, Cass., 4 juin 1818. — Quant aux délibérations du conseil de famille, elles ne sont nulles, faute de la nomination d'un subrogé tuteur, qu'autant que dans l'objet en délibération le tuteur a des intérêts opposés à ceux du mineur, Grenoble, 4 juin 1836, S. V., 37, 2, 109.]

la loi n'a pas expressément[1] refusé ce droit, en les déclarant incapables, ou indignes de l'exercer[2]. Les causes qui motivent cette double exclusion ont été appelées imparfaitement par quelques jurisconsultes, *excusationes necessariæ*.

La loi déclare incapables d'être tuteurs :

1° Les mineurs, sauf le père et la mère[3];

2° Les interdits, et, par argument de l'art. 442, n. 2, les personnes auxquelles l'art. 499 donne, à raison de l'état de leur intelligence, un conseil judiciaire[4];

3° Les femmes, excepté la mère et les autres ascendantes[5];

4° Tous ceux qui ont, ou dont les père et mère, les enfants ou les femmes[6] ont[7] avec le mineur un procès dans lequel l'état de ce mineur, sa fortune ou une partie notable de ses biens sont compromis[8], art. 442;

5° Les morts civilement, art. 25[9].

Sont exclus de la tutelle comme indignes :

1° Les condamnés à une peine afflictive et infamante, art. 442; V. aussi Pén., art. 7, 28, 34; l'art. 28 précité contient cependant une restriction à ce principe[10];

2° Ceux qui ont été déclarés déchus par un jugement de police

[1] *Excusationes necessariæ sunt strictissimæ interpretationis*, [Cass., 13 oct. 1807]; Caen, 15 janv. 1811; Bruxelles, 20 juill. 1812. Ainsi la qualité de religieux n'empêche nullement de gérer une tutelle, *Jurisp. du Cod. Nap.*, 2, p. 289. Ainsi la mère peut choisir son second mari pour tuteur des enfants du premier lit, Maleville, sur l'art. 397; Proudhon, 2, p. 174. V. cependant ci-après, notes 3 et 5, et Toullier, 2, n. 1167, 1171.

[2] La distinction faite par le Code entre les incapacités et les causes d'indignité ou d'exclusion ressort de la nature même des choses, et dans leurs délibérations les conseils de famille doivent observer les expressions du langage juridique. V. Locré, sur l'article 445; Duranton, 3, n. 500. [Les incapables sont en général ceux qui, à raison de leur âge, de leur sexe, ou de quelque infirmité morale, ne jouissent pas de la plénitude de la capacité civile. Les exclus sont ceux qui, civilement capables, sont réputés indignes à raison de circonstances qui entachent à un certain degré leur moralité.] — L'exclusion de la tutelle se rapporte à la *tutela deferenda vel delata, sed nondum administrata;* la destitution se rapporte à la *tutela delata et administrata*. [Il ne faut donc pas confondre la destitution avec l'exclusion. Ici il n'est question que de l'exclusion.]

[3] Il faudra encore admettre une exception dans le cas de l'art. 396, si le second mari de la mère est mineur, Favard, v° *Tutelle*, § 1, n. 2. [Il devient nécessairement cotuteur si la tutelle est conservée à la mère.]

[4] Duranton, 3, n. 503. Le cas de l'art. 449 n'a été évidemment omis dans l'art. 442 que par oubli. [V. *sup.*, § 207, note 16.]

[5] V. Duranton, 3, n. 442. [Mais les ascendantes ne sont capables que pour la tutelle testamentaire ou dative. V. *sup.*, § 209, note 4.]

[6] L'article ne parle que du père et de la mère. V. cependant Maleville et Delvincourt, sur l'art. 442 (*per argumentum à fortiori*); Duranton, 3, n. 505. [V. cependant *sup.*, note 1.]

[7] Il résulte des termes de l'article (*ont... procès*) qu'il n'est question que du moment où la tutelle est déférée, *tempore tutelæ delatæ*, et qu'il faut un procès, et non de simples prétentions.

[8] Le Code laisse sur ce point beaucoup au pouvoir discrétionnaire du juge, Paris, 6 oct. 1809.

[9] [Sur le point de savoir si un étranger peut être tuteur, V. *sup.*, § 61, note 8.]

[10] Delvincourt, 1, p. 290.

correctionnelle du droit de gérer une tutelle ou une curatelle, Pén., art. 42, 43; V. aussi art. 335, 376, 401 du même Code;

3° Les personnes d'une inconduite notoire [11], art. 444.

Au premier cas, l'exclusion a lieu de plein droit; dans le second, par une décision judiciaire; dans le troisième, par une délibération du conseil de famille, qui délibère alors comme lorsqu'il s'agit de destituer un tuteur. V. art. 446-449, et ci-après, § 228, les règles relatives à la destitution du tuteur [12].

Les actes juridiques faits par un tuteur incapable, ou par une personne exclue de la tutelle, en qualité de tuteur, ne sont pas valables comme tels [13].

§ 213. *De la subrogée tutelle.*

Les causes d'incapacité et d'indignité en matière de tutelle s'appliquent à la subrogée tutelle, art. 426. — De plus, le subrogé tuteur ne doit pas être pris dans la même ligne que le tuteur, à moins que le mineur n'ait deux ou plusieurs frères germains [1], auquel cas la tutelle et la subrogée tutelle peuvent leur être confiées, art. 423. De cette règle posée par l'art. 423, il résulte notamment : 1° que si le mineur n'a de parents que dans la ligne à laquelle le tuteur appartient, il faut nommer [2] un non-parent pour

[11] Locré, sur l'art. 444; Toullier, 2, n. 1164. Ce motif d'exclusion de la tutelle est applicable même au père et à la mère, sous la réserve de leur droit de jouissance légale, [Riom, 4 fruct. an XII; Besançon, 4 août 1808; Toulouse, 25 nov. 1830; Lyon, 30 nov. 1837; Bordeaux, 8 août 1845, S. V., 47, 2, 134; Toullier, 2, 1170; Proudhon, 2, p. 350; Duranton, 3, n. 512; Magnin, 1, n. 405; Chardon, 2, n. 40.] — Mais la mauvaise conduite doit être notoire, et le conseil de famille ne peut se livrer à aucune recherche sur ce point. V. cependant Aix, 24 août 1809, et Cass., 12 mai 1830. [Ces arrêts jugent, et avec raison, selon nous, que les tribunaux peuvent, en cette matière, ordonner une enquête pour vérifier les faits d'inconduite ou d'incapacité, Demolombe, 7, n. 486; Marcadé, sur l'art. 444.]

[12] [Cette délibération est soumise à l'homologation du tribunal, art. 448. V. *inf.*, § 228.]

[13] Il agissait comme un mandataire sans mandat. Il en est de même des actes d'un tuteur destitué. V. Locré, sur l'art. 445. Cependant ces actes, quoique nuls comme actes de tutelle, peuvent être maintenus pour un autre motif, comme ayant profité, par exemple, au mineur, *si negotia pupilli gesta sunt*, [Demolombe, 7, n. 508. Le tuteur exclu ou destitué peut aussi faire des actes conservatoires], Colmar, 25 juill. 1817. — [Il y a plus, les tiers débiteurs du mineur, qui, de bonne foi et dans l'ignorance de la cessation des fonctions du tuteur, payeraient entre ses mains, seraient libérés, Demolombe, *ibid.* — Mais le mineur a-t-il une hypothèque légale, à raison des actes de gestion faits par le tuteur depuis son exclusion ou sa destitution? V. *inf.*, le titre des *Hypothèques*. V. aussi § 217.]

[1] [Il ne suffirait pas que le tuteur et le subrogé tuteur fussent entre eux frères germains, il faut de plus qu'ils soient frères germains du mineur. C'est alors seulement que le lien qui les unit devient une garantie au lieu d'être un danger, Duranton, 3, n. 518; Marcadé, sur l'art. 423. — *Contrà*, Demolombe, 7, n. 369. — Les beaux-frères germains du mineur peuvent aussi être l'un tuteur et l'autre subrogé tuteur, soit à raison de l'alliance si l'on admet que la loi en tient compte et les assimile aux frères, soit comme étrangers si la loi compte l'alliance pour rien, Marcadé, *ibid.*]

[2] Si le mineur a des parents dans les deux lignes et que le tuteur appartienne

subrogé tuteur, et que celui-ci ne peut invoquer l'excuse autorisée par l'art. 432[2]; 2° que si par la mort d'un précédent tuteur, il devient nécessaire de recourir à une nouvelle nomination, et que par suite le tuteur récemment choisi appartienne à la même ligne que le subrogé tuteur, ce dernier doit être remplacé[4].

ARTICLE 6. — DE L'OBLIGATION D'ACCEPTER LA TUTELLE OU LA SUBROGÉE TUTELLE.

§ 214. *De cette obligation en général.*

L'obligation d'accepter une tutelle ou une subrogée tutelle[1] est imposée à tout Français, qu'il soit parent ou allié du mineur, ou même qu'il lui soit étranger ; *tutela est munus publicum*. Cependant cette obligation est plus rigoureuse pour les parents et alliés du mineur[2]. Eux seuls ne peuvent, pour décliner le fardeau de la tutelle, invoquer l'éloignement de leur domicile du domicile du mineur[3]. L'allié n'est pas autorisé à s'excuser par l'existence d'un parent du mineur; le parent et l'allié, par l'existence de parents et d'alliés plus proches[4]. Les étrangers, au contraire, ne sont tenus d'accepter une tutelle qui leur est déférée par le choix du père ou de la mère, ou par celui du conseil de famille, que dans le cas où il n'existe ni parents ni alliés dans un rayon de quatre myriamètres du domicile du mineur, art. 401, 432.

Il y a dans la loi des causes d'excuses, ou de dispenses, *excusa-*

à l'une d'elles, le subrogé tuteur doit-il nécessairement être pris dans l'autre, ou la subrogée tutelle peut-elle être confiée à un étranger? Un arrêt de Bordeaux, du 20 août 1811, adopte la première opinion; mais ni l'une ni l'autre ne saurait être admise d'une manière absolue. [Nous croyons au contraire qu'il faut décider que le conseil de famille est libre dans le choix du subrogé tuteur, et qu'il peut dans tous les cas choisir un étranger au lieu d'un parent. L'art. 423, en interdisant au conseil de famille de choisir le subrogé tuteur dans la même ligne que le tuteur, ne lui fait pas une obligation de le choisir dans l'autre ligne, Aix, 15 nov. 1843, S. V., 44, 2, 255; Demolombe, 7, n. 368; Marcadé, sur l'art. 423.]

[2] Locré et Delvincourt, sur l'art. 432. [Cela est évident, puisque les parents ou alliés ne peuvent pas être choisis. V. *inf.*, § 215.]

[4] Toullier, 2, n. 1132; Nancy, 14 mars 1826; [Magnin, 1, n. 563; Demolombe, 7, n. 367.]

[1] Il n'y a, sous ce rapport, aucune différence entre le tuteur et le subrogé tuteur, art. 426. — V. cep. § 215, *in fine*.

[2] V. cependant une exception consacrée par l'art. 394, [aux termes duquel la mère n'est point tenue d'accepter la tutelle. V. *sup.*, § 207, note 25.] V. aussi § 206. — Duranton, 3, n. 504, conclut *à fortiori* [et avec raison] de l'art. 394, que les autres ascendantes peuvent à leur gré refuser la tutelle, [Demolombe, 7, n. 443. — *Contrà*, Ducaurroy, 1, n. 602.]

[3] Delvincourt, sur l'art. 432.

[4] Locré, sur l'art. 442; Duranton, 3, n. 488; Cass., 1er fév. 1825. Les tribunaux devront cependant prendre en considération les circonstances particulières de la cause, Lyon, 16 mai 1811. [En d'autres termes, le parent ou l'allié, à la différence de ceux qui ne sont ni parents ni alliés, ne peuvent se faire un motif absolu d'excuse de la présence d'autres parents ou alliés dans une certaine distance; mais les tribunaux peuvent apprécier l'excuse et l'admettre selon les circonstances. Aux auteurs indiqués il faut ajouter Duranton, 3, n. 188. — V. cependant Poitiers, 23 fév. 1825.]

tiones voluntariæ, V. § 215, par suite desquelles celui qui est appelé à l'administration d'une tutelle, *lege*, *testamento, vel nominatione*, et qui, d'après les règles précédentes, serait tenu de la gérer, peut, en vertu de dispositions particulières de la loi, *beneficio legis*, écarter de lui la tutelle. Il n'y a de dispenses légales que celles qui sont formellement exprimées[5].

§ 215. *Des dispenses légales.*

Sont dispensés de la tutelle :

1° Certains fonctionnaires désignés par les lois[1], art. 427 ;

2° Les fonctionnaires en général et les ecclésiastiques attachés à une église[2], si leur service les appelle dans un département autre que celui où la tutelle s'établit[3], art. 427 ;

3° Les militaires en activité de service[4], art. 428 ;

4° Les personnes qui remplissent, hors du territoire français[5], une mission du chef de l'État[6], art. 428.

Dans les quatre cas qui précèdent, la dispense doit être invoquée, à peine de déchéance, avant l'acceptation de la tutelle, à moins qu'elle n'ait été connue du tuteur que postérieurement[7]. Il a alors[8] un délai d'un mois pour convoquer un conseil de fa-

[5] Ainsi la pauvreté et l'ignorance, *imperitia litterarum*, ne sont pas des motifs d'excuse, Cass., 7 juin 1820 ; [Demolombe, 7, n. 446 et s. — Nous pensons au contraire que les causes d'excuse énumérées par la loi sont celles que les conseils de famille et après eux les tribunaux ne peuvent se refuser à admettre quand elles sont justifiées ; mais que les conseils de famille peuvent admettre, et les tribunaux maintenir, selon les circonstances, toutes autres causes d'excuse, Valette sur Proudhon, 2, p. 340 ; Marcadé, sur l'art. 441.]

[1] V. Locré, sur l'art. 427 ; Delvincourt, sur le même article, et Duranton, 3, n. 484, pour connaître les fonctionnaires auxquels le Code accorde ce privilége et ceux qui en jouissent actuellement. [Aux termes de la Constitution de l'an IV, aujourd'hui presque complétement applicable, et à laquelle renvoie d'ailleurs l'art. 427, sont dispensés de la tutelle, les sénateurs, les membres du Corps législatif, les conseillers d'Etat et les ministres. — Les présidents et conseillers à la Cour de cassation, le procureur général et les avocats généraux à la même Cour, les magistrats de la Cour des comptes, les préfets, sont dispensés par le Code lui-même, combiné, pour les membres de la Cour des comptes, avec l'art. 7 de la loi du 16 sept. 1807.]

[2] *Qui habent beneficium quod ad residentiam obligat*, Avis du Cons. d'Et. des 4 et 20 nov. 1806.

[3] Ainsi, par exemple, le père et la mère ne peuvent pas faire usage de ce motif d'excuse, [puisque c'est toujours à leur domicile que la tutelle s'établit. V. *sup.*, § 202, note 4 ; à moins toutefois que le père ne remplisse des fonctions publiques dans un lieu autre que celui où il a son domicile, Demolombe, 7, n. 409.]

[4] Et non les militaires retraités ou réformés, Locré, sur l'art. 428.

[5] Le territoire que la France a en Europe, Delvincourt, sur l'art. 428 ; [Demolombe, 7, n. 410.]

[6] Le Code ne s'explique pas sur la durée de la mission, Locré et Maleville, sur l'art. 428. [Une mission purement accidentelle et de courte durée pourrait ne pas être acceptée comme motif d'excuse, Demolombe, 7, n. 410. — C'est là une question d'appréciation.] Quant au mode de justifier de la mission, V. art. 429.

[7] Maleville, sur l'art. 430.

[8] [Ainsi que dans le cas où les fonctions, services ou missions ci-dessus énumérés ont été conférés postérieu-

mille afin de nommer un autre tuteur [9]. Ces quatre sortes de dispenses ne durent que tant que subsiste la cause qui les motive [10]. Si l'une d'elles survient postérieurement à l'entrée en fonctions du tuteur, celui-ci peut provisoirement se décharger de la tutelle, mais toujours à la condition de provoquer, dans le délai d'un mois, la nomination d'un nouveau tuteur.

5° Les individus âgés de soixante-cinq ans [11]. Celui qui a été nommé tuteur avant d'avoir atteint cet âge [12] peut se faire décharger de la tutelle par le conseil de famille, à soixante-dix ans [13], art. 433.

6° Les individus atteints d'une maladie ou d'une infirmité [14] bien constatée. Si cette maladie ou cette infirmité survient depuis sa nomination [15], le tuteur pourra même se faire décharger de la tutelle, art. 434.

7° Celui qui administre déjà deux tutelles [16], alors même que le

rement à l'acceptation de la tutelle, art. 431.]

[9] [Ce délai d'un mois est uniquement relatif au cas où celui qui a déjà accepté une tutelle veut s'en faire décharger à raison de la survenance de l'excuse. — Quant au tuteur qui ne veut pas accepter, il doit proposer ses excuses, dans les délais fixés par les art. 438 et 439. V. le paragraphe suivant.]

[10] V. ci-après, § 228. [Il faut distinguer : celui qui, avant d'avoir accepté la tutelle, a proposé et fait admettre son excuse, ne peut plus redemander plus tard la tutelle quand le motif d'excuse vient à cesser. L'art. 431 ne donne ce droit qu'à celui à qui un motif d'excuse est survenu pendant qu'il exerçait déjà les fonctions de tuteur, Demolombe, 7, n. 415. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 431.]

[11] A quelle époque? [A celle où la tutelle est déférée, soit par la loi, soit par le conseil de famille, Demolombe, 7, n. 420.]

[12] *Avant soixante-cinq ans*, et non si, devenu tuteur après cet âge, il ne s'est pas fait dispenser. [L'art. 433 est formel], Delvincourt, sur l'art. 433; [Chardon, n. 335; Demolombe, 7, n. 423.] — Duranton, 3, n. 489, est d'une opinion contraire. [*Adde*, Marcadé, sur l'art. 433; Magnin, 1, n. 372.] — *Nommé* : le tuteur légitime ne pourrait donc, d'après la lettre de la loi, faire valoir ce motif de dispense; cependant, dans ce cas et dans les cas semblables, il faut surtout se reporter aux circonstances. [Notre auteur attribue ici au mot *nommé* un sens beaucoup trop restreint : le tuteur légal est nommé par la loi, comme le tuteur datif est nommé par le conseil de famille : l'un et l'autre peuvent donc se prévaloir de la limite d'âge établie par l'art. 433, Demolombe, 7, n. 424; Marcadé, sur l'art. 433.]

[13] *Annus cœptus habetur pro completo*, Locré et Delvincourt, sur l'art. 433. — Duranton, 3, n. 489, est d'un autre avis. [Cet autre avis est préférable : une année ne compte dans l'âge que lorsqu'elle est accomplie, à moins d'une disposition expresse qui la compte bien qu'elle ne soit que commencée, comme dans l'art. 2066, Demolombe, 7, n. 422; Valette sur Proudhon, 2, p. 336. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 433.]

[14] L. 40, Dig., *De excusat.*; Duranton, 3, n. 490. [En général, une simple maladie n'est pas une infirmité; mais si elle devenait permanente, elle constituerait une infirmité, Demolombe, 7, n. 425]

[15] Il en serait de même, suivant les circonstances, pour les personnes qui, malgré leur état de santé ou leurs infirmités, auraient accepté la tutelle, Delvincourt, sur l'art. 434. [Ou du moins l'aggravation, survenue depuis l'acceptation, d'un état d'infirmité antérieur, peut être considéré comme une infirmité nouvelle, Duranton, 3, n. 490; Demolombe, 2, n. 426; Marcadé, sur l'art. 434.]

[16] [On ne compte pas les tutelles par le nombre des pupilles, mais par celui des patrimoines, *non numerus pupillorum... sed patrimoniorum separatio*, L. 3 et 31, § 4, Dig., *De excusat. tut.* La tutelle de deux ou plusieurs frères, dont les patri-

mineur serait son frère ou sa sœur[17], art. 435. — Il est entendu, pour cette septième cause de dispense, que celui qui l'invoque n'est ni mari ni père[18], car le mari, ou le veuf ayant des enfants légitimes ou légitimés encore vivants, n'est pas tenu d'accepter plus d'une tutelle, indépendamment de celle de ses propres enfants[19], art. 435.

8° Les individus ayant cinq ou plus de cinq enfants légitimes ou légitimés, encore existants, peuvent décliner l'acceptation de toute tutelle autre que celle de leurs propres enfants. Les enfants morts ne sont comptés qu'autant qu'ils sont morts en activité de service dans les armées de l'État[20], ou qu'ils ont laissé des enfants actuellement existants. Dans ce dernier cas, les petits-enfants comptent pour une tête, et remplacent l'enfant mort[21], art. 436. — La survenance d'enfant pendant la tutelle, ou un mariage contracté ultérieurement, n'autorisent pas le tuteur à s'en décharger[22], art. 437.

Il est douteux, du reste, que les causes de dispenses relatées aux numéros 7 et 8 puissent être invoquées par celui qui est appelé à la subrogée tutelle[23].

moines sont encore indivis, ne compte donc que pour une tutelle, Pothier, *Des personnes*, part. 1, tit. 6, sect. 3, art. 2; Maleville, 1, p. 441; Duranton, 3, n. 491; Magnin, 1, n. 374; Demolombe, 7, n. 428.]

[17] La loi n'admet pas en effet cette distinction, L. 3, Dig., *De excus. tut.* Peut-être est-il convenable de laisser sur ce point au juge un pouvoir discrétionnaire. — V. ce que nous avons dit, *sup.*, § 214, note 5, sur les excuses non prévues par la loi.

[18] C'est à tort que Duranton, 3, n. 491, dit que celui qui est chargé de deux tutelles peut se faire dispenser de celle de ses enfants. Le § 1er de l'art. 435 suppose évidemment que le tuteur n'est ni mari ni père. Il est limité par le § 2 du même article. [Le tuteur ne peut non plus se faire décharger de l'une des deux autres tutelles : l'art. 435 autorise bien celui qui est déjà chargé d'une tutelle à n'en pas accepter une seconde, mais il ne l'autorise pas à s'en faire décharger après l'avoir acceptée, Demolombe, 7, n. 434. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 435. V. la note suivante.]

[19] Locré et Maleville, sur l'art. 435. — Les enfants émancipés *ad hanc excusationem prosunt*, Delvincourt, sur le même article. — Mais non *liberi nascituri, vel illegitimi, vel adoptivi*, Locré, *loc. cit.*; [Demolombe, 7, n. 431 et 432; Marcadé, sur l'art. 435.] Ce qui vient d'être dit s'applique à l'excuse suivante.

[20] Le même principe s'applique aux employés militaires en campagne, Maleville, sur l'art. 436 ; [Demolombe, 7, n. 437.] Le genre de mort n'est pas à considérer, [Fenet, 10, p. 585 ; Demolombe, 7, n. 437.] Il suffit que l'enfant n'ait été ni tué en duel ni exécuté, Delvincourt, sur l'art. 436. — [*Contrà*, Demolombe, 7, n. 437. Cette dernière opinion est préférable. V. art. 85. — L'enfant mort civilement doit être compté, Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. 4, § 2, art. 5, n. 6 ; Magnin, 1, n. 378 ; Demolombe, 7, n. 440. — Il en est de même de l'absent. V. Demolombe, 7, n. 439.]

[21] Le principe découle immédiatement du texte de l'article, Locré et Maleville, sur l'art. 436; [Demolombe, 7, n. 437.] V. cependant Paillet, sur le même article.

[22] [Demolombe, 7, n. 433; Marcadé, sur l'art. 435. — De même, le *veuf* sans enfants ne peut se prévaloir de la disposition de l'art. 435, uniquement relative à celui qui est *époux* ou *père*, Demolombe, 7, n. 430; Marcadé, sur l'art. 435.]

[23] Le texte de l'art. 426 est pour le subrogé tuteur; les principes des art. 435 et 436, *ratio legis et fons*, et le droit romain sont contre lui. [Nous pensons, au contraire, que la subrogée tutelle est,

§ 216. *Quand et devant qui les causes de dispenses doivent-elles être présentées? — Des difficultés auxquelles peut donner lieu leur admission.*

Le tuteur et le subrogé tuteur doivent proposer, dans un bref délai, les motifs qui peuvent les dispenser d'accepter les fonctions qui leur sont déférées ou qui peuvent les en décharger, comme dans les hypothèses indiquées au § 215, n. 1-6 : leur silence prolongé serait considéré comme une renonciation tacite à les faire valoir, arg. art. 438, 439 [1].

En ce qui concerne le tuteur nommé par le conseil de famille, il faut faire une distinction. Si le tuteur assiste en personne [2] à la délibération du conseil de famille, il doit sur-le-champ proposer ses motifs d'excuse, s'ils lui sont connus [3], sous peine d'être déclaré non recevable dans une réclamation ultérieure, art. 438.— S'il n'est pas présent à la délibération du conseil de famille, il doit, sous la même peine [4] et en règle générale, V. art. 439, dans le délai de trois jours, à partir de la notification [5] qui lui aura été adressée de sa nomination [6], faire convoquer le conseil de famille pour délibérer sur ses excuses [7], art. 439; Pr., art. 882.

comme la tutelle, une juste dispense d'accepter une tutelle autre que celle de ses propres enfants, et réciproquement. Il résulte, en effet, de l'art. 426 que les causes d'excuses prévues par les art. 427 et s. sont communes à la tutelle et à la subrogée tutelle. V. *sup.*, § 214, note 1. Nul ne peut donc être contraint d'accepter deux subrogées tutelles; à plus forte raison, nul ne peut être contraint d'accepter une tutelle et une subrogée tutelle, Nîmes, 17 janv. 1837, S. V., 58, 2, 254.]

[1] Locré et Delvincourt, sur l'art. 439; [Demolombe, 7, n. 449.]

[2] Maleville, sur l'art. 438. [Il ne suffirait pas qu'il fût représenté par un mandataire; ce mandataire pouvant ignorer si celui qu'il représente et qui pouvait ne pas s'attendre à être nommé tuteur a des causes d'excuse, Demolombe, 7, n. 452.—*Contrà*, Magnin, 1, n. 379; Delvincourt, sur l'art. 438; Duranton, 3, n. 394.]

[3] [L'art. 438 ne fait pas cette distinction; et il n'y avait pas lieu de la faire: les motifs d'excuses étant personnels au tuteur ne peuvent lui être inconnus.]

[4] [Si dans les trois jours donnés pour faire des diligences, le tuteur nommé n'avait fait que des actes conservatoires et urgents, ces actes n'emporteraient pas déchéance du droit de proposer des excuses, Marcadé, sur l'art. 439.]

[5] [Si le tuteur nommé était en voyage au moment où la notification est faite à son domicile; s'il était malade, le délai de trois jours ne courrait qu'à partir du jour où il a pu avoir connaissance de sa nomination, Duranton, 3, n. 496; Demolombe, 7, n. 453. — *Contrà*, Magnin, 1, n. 452.]

[6] [S'il s'agissait d'un tuteur légitime ou testamentaire, auquel il n'y a pas de nomination à notifier, le délai de trois jours courrait du jour où il aurait eu connaissance de l'événement qui lui a déféré la tutelle. Toutefois, si le tuteur testamentaire avait été nommé par la mère, le délai courrait contre lui du jour de la notification de la délibération du conseil de famille qui le maintient dans la tutelle, art. 400; Demolombe, 7, n. 454; Taulier, 2, p. 46 et 47.]

[7] [Ce délai de trois jours est augmenté d'un jour par trois myriamètres de distance du lieu du domicile du tuteur nommé au lieu de l'ouverture de la tutelle, art., 439. — Aux termes de l'art. 882 Pr., la nomination doit être notifiée au tuteur nommé dans les trois jours de la délibération, outre un jour par trois myriamètres de distance entre le lieu où s'est tenue l'assemblée et le domicile du

Les dispositions des articles 438 et 439 sont en tout point applicables au subrogé tuteur qui, dans tous les cas, est nommé par le conseil de famille.

Les motifs de dispense proposés doivent toujours être appréciés par le conseil de famille, sauf au tuteur, lorsqu'ils ont été rejetés, à se pourvoir devant le tribunal de première instance[8], art. 440. Le tribunal statue sommairement, à la charge d'appel[9], Pr., art. 883, 889. S'il décharge le tuteur de l'administration de la tutelle, les membres du conseil de famille qui ont repoussé sa demande peuvent[10] être condamnés aux frais de l'instance ; si c'est le tuteur qui succombe, le tribunal doit le condamner personnellement aux dépens, art. 440, 441. Provisoirement, et jusqu'à la décision du litige, le tuteur est tenu d'administrer ou de continuer à administrer la tutelle, art. 440[11].

ARTICLE 7. — DES DROITS ET DES DEVOIRS DU TUTEUR.

§ 217. *A quel moment commence la responsabilité du tuteur ?*

La responsabilité du tuteur et les conséquences qui en découlent, par exemple le droit d'hypothèque que la loi accorde au mineur sur ses biens[1], art. 2135, 2194, part du moment où il a eu connaissance de la délation de la tutelle. Il en est ainsi, bien que le tuteur ait des motifs d'excuses qu'il ne peut pas faire valoir immédiatement ou qui ne sont agréés qu'ultérieurement. V. art. 394, 418, 419, 440.

Par suite du principe qui précède, le Code a expressément déclaré que, pour le tuteur nommé par le conseil de famille, la responsabilité commence du moment même de sa nomination, si elle a eu lieu contradictoirement, et, dans le cas contraire, du moment

tuteur ; mais l'inobservation de ce délai n'emporte aucune déchéance.]

[8] Il n'y a pas de délai pour l'exercice de cette action : *ipsius tutoris negotium agitur*. L'art. 439 n'est pas applicable à ce cas, par analogie, Delvincourt, sur l'art. 440 ; [Demolombe, 7, n. 456.] Du reste, les principes exposés au § 204 sont également applicables au cas actuel, [de telle sorte que non-seulement le tuteur, mais le subrogé tuteur, le curateur et les autres membres du conseil de famille peuvent, selon les cas, se pourvoir contre la délibération qui prononce sur les excuses.]

[9] [Marcadé, sur l'art. 440 ; Demolombe, 7, n. 459.]

[10] Locré, sur l'art. 441. [Les membres du conseil de famille font en effet l'affaire du mineur et non leur affaire personnelle ; ils ne doivent donc être condamnés aux dépens qu'autant qu'ils ont agi de manière à faire croire qu'en consultant plutôt leur animosité que les intérêts du mineur, ils ont voulu faire non l'affaire du mineur, mais la leur propre. — Si, succombant, ils ne sont pas condamnés aux dépens, c'est évidemment le mineur qui les supporte.]

[11] [Mais alors il doit, autant que possible, se borner à faire les actes indispensables et urgents.]

[1] Persil, *Régime hypoth.*, sur l'art. 2135, n. 2 et 3 ; sur l'art. 2121, n. 12 ; [Marcadé, sur l'art. 418.]

où elle lui a été régulièrement notifiée, art. 418, 438, 439, 440[2]. V. aussi Pr., art. 882. On doit décider par analogie que le tuteur légal est responsable à partir du décès du père ou de la mère du mineur, s'il était sur les lieux au moment même de ce décès, ou, dans le cas contraire, à partir du jour où le fait est parvenu à sa connaissance [3]. De même encore, s'il s'agit d'un tuteur choisi par le père ou par la mère, la responsabilité commence du moment de l'ouverture du testament, si le tuteur y assiste; dans le cas contraire, du moment où sa nomination lui est régulièrement notifiée [4].

§ 218. *Des droits et des devoirs généraux du tuteur*.

Le tuteur doit avoir pour la personne du mineur la sollicitude d'un père, et pour sa fortune les soins du père de famille (*tanquam bonus pater familias*). A ce double point de vue, le tuteur est responsable [1] de tout le préjudice résultant du manquement à ses devoirs. Pour lui en faciliter l'accomplissement, la loi l'appelle à remplacer le mineur dans tous les actes de la vie civile [2], art. 450. V. § 198. Bien que les lois contiennent de nombreuses dispositions sur la manière dont le tuteur doit, dans les différents cas et sous les différents rapports, remplir ses devoirs ou exercer ses droits, c'est d'après les règles ci-dessus posées que ces dispositions doivent être et interprétées et éclairées [3].

[2] [Aucun des articles cités ne détermine d'une manière expresse quand commence la responsabilité du tuteur. Ces articles ne s'expliquent que sur le point de départ de l'administration du tuteur, et c'est par voie de conséquence qu'on doit induire que la responsabilité commence en même temps que la gestion.]

[3] Nous ne croyons pas qu'une notification soit nécessaire. [Quand la tutelle est dative, on comprend qu'il y ait nécessité de notifier l'*acte* qui la défère; mais quand la tutelle est légale, le tuteur est tenu d'administrer et conséquemment de répondre du jour où il a connaissance du *fait* qui lui défère la tutelle, Marcadé, sur l'art. 418.]

[4] [*Sic*, Marcadé, sur l'art. 418.] V. sur ce paragraphe, en général, Merlin, *Rép.*, v° *Inscrip. hypothéc.*, § 3, n. 6.

[1] *Præstat culpam levem*. V. Duranton, 3, n. 605 et s., et l'art. 1137. [V. aussi Demolombe, 7, n. 120. — Nous verrons plus tard, en exposant la théorie de la prestation des fautes, que l'ancienne classification des fautes, lourdes, légères et très-légères, *lata*, *levis*, *levissima*, ne doit plus être suivie aujourd'hui, et qu'il appartient aux juges d'apprécier le plus ou moins de gravité des fautes et de déterminer d'après cette appréciation la responsabilité à laquelle elles donnent lieu. V. Massé, 4, n. 182 et s. — C'est donc aux juges à apprécier la conduite du tuteur, en n'oubliant pas, comme le fait judicieusement remarquer M. Demolombe, 7, n. 119, d'une part que le tuteur remplit une charge gratuite qu'il n'a pu refuser; et d'autre part, que la loi, en confiant au tuteur la garde de la personne et des biens du mineur, a dû entourer sa gestion de garanties suffisantes. En d'autres termes, le principe de la responsabilité du tuteur ne doit être appliqué ni avec trop de rigueur ni avec trop d'indulgence.]

[2] V. ci-dessus, § 198. — [Pour l'application de cette règle, V. le paragraphe suivant.]

[3] Le droit français, en posant ce principe : *tutorem tanquam bonum patrem familias res pupilli administrare debere*, se rapproche tout à fait du droit romain, dont l'étude est très-profitable pour l'in-

§ 219. *Des devoirs du tuteur à son entrée en fonctions.*

Lorsqu'un tuteur entre en fonctions, deux hypothèses peuvent se présenter : ou le mineur était déjà en tutelle, ou la tutelle s'ouvre pour la première fois.

Au premier cas, le nouveau tuteur doit demander à son prédécesseur ou à ses héritiers la reddition du compte de tutelle [1], et se faire mettre en possession des biens du mineur.

Au second cas, le tuteur doit :

1° Dans les dix jours qui suivent celui où sa responsabilité a commencé [2], requérir la levée des scellés qui ont pu être apposés [3], art. 451;

2° Faire dresser immédiatement [4] un inventaire de la fortune [5]

telligence de cette matière. V. Locré, sur l'art. 450. [Nous expliquerons plus tard, en nous occupant de la théorie de la prestation des fautes, ce qu'on doit entendre par *bon père de famille*. V. aussi Massé, 4, n. 182 et s.]

[1] Le compte doit lui être rendu en présence du subrogé tuteur, Toullier, 2, n. 1246.—Si le nouveau tuteur néglige de faire rendre le compte au précédent tuteur, il s'expose à des dommages-intérêts vis-à-vis du mineur, Bordeaux, 1er fév. 1828; [Demolombe, 8, n. 42. — Il est évident, en effet, que le tuteur remplacé ne peut rendre son compte au mineur qui est incapable de le recevoir; il doit donc le rendre au tuteur qui le remplace et à qui il transmet l'administration; et c'est le dernier tuteur qui seul doit rendre compte de toutes les administrations qui se sont succédé au mineur devenu majeur, Cass., 25 juin 1839, S. V., 39. 1, 688; Magnin, 1, n. 711. — V. au surplus, sur la reddition du compte de tutelle, *inf.*, § 230.]

[2] V. § 217. L'art. 451 dit simplement : « dans les dix jours qui suivront celui de la *nomination* »; il ne parle donc que du *tutor dativus*; mais d'après les observations du Tribunat sur l'art. 451, on doit croire que la disposition s'applique à tous les tuteurs indistinctement, [Marcadé, sur l'art. 451; Demolombe, 7, n. 547.]

[3] V. Pr., art. 907 et s. [L'art. 451 suppose que les scellés ont pu ne pas être apposés. Dans ce cas, le tuteur peut en requérir l'apposition; mais il n'est pas forcé de le faire. Et il en est ainsi soit que le décès qui peut donner lieu à une apposition de scellés arrive avant la nomination du tuteur, soit qu'il arrive quand le mineur est déjà pourvu d'un tuteur, Pr., 911; circulaire du 5 nov. 1808. — V. Demolombe, 7, n. 544, et Marcadé, sur l'art. 451.]

[4] [C'est-à-dire, quand il y a eu apposition de scellés, dans les dix jours, l'inventaire devant avoir lieu à mesure qu'il est procédé à la levée des scellés; et, quand il n'y a pas eu apposition de scellés, dans le plus bref délai possible. Dans ce dernier cas, le tuteur serait évidemment responsable des dommages pouvant résulter du retard. — Si le tuteur était l'époux survivant, tenu en cette dernière qualité de faire procéder à l'inventaire, art. 1442, la qualité de tuteur se trouvant absorbée par celle d'époux, dont elle n'est que la conséquence, il aurait pour procéder à l'inventaire, soit que les scellés aient été apposés, soit qu'ils ne l'aient pas été, le délai ordinaire de trois mois, art. 795, Marcadé, sur l'art. 451. — *Contrà*, Demolombe, 7, n. 550. — Mais si l'époux survivant n'était pas tuteur, le tuteur nommé à sa place ne pourrait profiter, pour faire inventaire, des délais auxquels aurait droit l'époux survivant; il devrait y faire procéder dans les délais de l'art. 451, sauf au survivant à faire de son côté, pour la conservation de ses droits, un autre inventaire dans les délais particuliers auxquels il a droit.—*Contrà*, Marcadé, *ubi sup*. V. Demolombe, *ubi sup*.]

[5] [Mais de la fortune mobilière seulement, Pr., 943. Toutefois, comme ce qui abonde ne nuit pas, il pourrait, en certains cas, être utile d'insérer dans l'inventaire une déclaration sommaire des immeubles, Toullier, 2, n. 1192; Fréminville, 1, n. 205; Demolombe, 7, n. 546.]

du mineur, en présence du subrogé tuteur [6], art. 451; Pr., art. 941 et s. Le tuteur ne peut être dispensé de cette obligation par le testament fait au profit du mineur qu'autant que le mineur n'est pas héritier à réserve [7]. Faute par le tuteur d'avoir satisfait à cette obligation, la loi permet d'établir contre lui l'importance de la succession par commune renommée [8], et même, dans certains cas, par serment [9], arg. art. 1415 et 1442. Si le tuteur [10] a des réclamations à exercer contre le mineur, il doit faire sa déclaration, à peine de déchéance, dans l'inventaire, et ce, sur l'interpellation [11] qu'est tenu de lui faire l'officier public, rédacteur de cet acte, art. 451;

[6] Ou en présence d'un fondé de pouvoir spécial du subrogé tuteur, [Demolombe, 7, n. 555.] V. cependant Proudhon, *De l'usuf.*, 1, p. 165. [La présence du juge de paix n'est pas nécessaire à l'inventaire : il ne peut même y assister contre la volonté du tuteur. Aix, 28 juil. 1830; Demolombe, 7, n. 554.]

[7] Maleville, sur les art. 451 et 600; Delvincourt, sur l'art. 451; Toullier, 2, n. 1198; Duranton, 3, n. 538. V. L. *ult.*, C. *Arbit. tut.* [Tous les auteurs sont d'accord que lorsque le mineur est héritier à réserve du testateur, celui-ci ne peut, par son testament, dispenser le tuteur de faire inventaire : c'est l'inventaire qui seul peut déterminer la réserve; dispenser le tuteur de faire inventaire serait donc indirectement porter atteinte à la réserve. — Mais il y a divergence sur le point de savoir si, quand le mineur n'est pas réservataire, le testateur, qui aurait pu ne rien lui laisser, peut dispenser le tuteur de faire inventaire. Nous ne pensons pas qu'on puisse ici appliquer la règle que, qui peut le plus peut le moins. Qu'a voulu le tuteur? Léguer ou laisser au mineur une quotité de biens déterminée soit par la loi, soit par sa volonté, et dont le tuteur est obligé de rendre compte sans pouvoir en être dispensé, art. 469; Marcadé, sur l'art. 469. V. *inf.*, § 230. Or, sans inventaire, pas de compte possible. Donc, pas de dispense possible de faire inventaire. On a objecté, dans le sens de la dispense d'inventaire, qu'on peut suppléer à cette formalité par les états de situation que l'art. 470 permet au conseil de famille d'exiger du tuteur, Marcadé, sur l'art. 451. Mais c'est là pour le conseil de famille une pure faculté dont il peut user ou ne pas user, et qui, par conséquent, ne remédie à rien, Demolombe, 7, n. 448 et s. — *Contrà*, Marcadé, *ubi sup.*, et les auteurs ci-dessus cités.] Au surplus, le tuteur, s'il fait usage de cette dispense, n'est point garanti contre les réclamations des créanciers de la succession, dans le cas où le pupille obtiendrait sa restitution contre l'acceptation pure et simple de la succession qui est la conséquence de l'omission d'un inventaire. V. art. 461, 776, 794. — Si le père ne laisse rien, il faut dresser un procès-verbal de carence.

[8] [Marcadé, sur l'art. 451; Demolombe, 7, n. 569.] V. sur ce genre de preuve, Bellot des Minières, *Tr. du cont. de mar.*, 2, p. 80.

[9] Toullier, 2, n. 1197; [Marcadé et Demolombe, *ubi sup.*]

[10] Cette disposition ne doit pas être appliquée au subrogé tuteur, Paris, 14 fév. 1817. [Mais elle s'applique à tous les tuteurs, Demolombe, 7, n. 559.]

[11] Ce n'est donc que par l'accomplissement de cette condition que la déchéance est encourue, Locré, sur l'art. 451; Pau, 6 août 1834, S. V., 35, 2, 123; [Toullier, 2, n. 1194; Duranton, 3, n. 529; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 355; Demolombe, 7, n. 558; Marcadé, sur l'art. 451. — Mais alors le notaire rédacteur de l'inventaire serait responsable envers le mineur du préjudice résultant du défaut d'interpellation, Demolombe et Marcadé, *ubi sup.* — Observons que la disposition de l'art. 451, qui oblige le tuteur à déclarer dans l'inventaire s'il lui est dû quelque chose par le mineur, à peine de déchéance, s'entend sans distinction entre les dettes liquides et les dettes non liquides : ces dernières doivent être déclarées aussi bien que les premières, Nîmes, 29 mars 1852, S. V., 52, 2, 340.]

3° Dans le mois [12] qui suit la clôture de l'inventaire, le tuteur doit faire vendre [13] par un officier public [14], aux enchères, en présence du subrogé tuteur, les meubles [15] du mineur, à peine de dommages-intérêts, par exemple, à raison de la dépréciation qu'ils pourraient subir [16], art. 452;

Cependant le conseil de famille peut autoriser le tuteur à garder une partie des meubles, et même la totalité [17], art. 452; les père et mère, qui ont la jouissance légale des biens de leurs enfants [18], peuvent garder en nature [19] les objets mobiliers qui en font partie, à la charge de les faire estimer [20], à leurs frais, et à

[12] [A peine de répondre des dommages-intérêts qui résulteraient du retard. — Du reste, la vente peut être ajournée si l'intérêt du mineur l'exige, Cass., 8 déc. 1824.]

[13] Relativement au mode de vente, V. Proudhon, 2, p. 216 et s.; Toullier, 2, n. 1200. [La vente doit avoir lieu dans la forme déterminée par l'art. 452, et non dans la forme déterminée par les art. 945 et s. Pr., qui sont relatifs au cas où le mobilier est vendu en exécution de l'art. 826, et non au cas où il est vendu par application de l'art. 452, Toullier, 2, n. 1200; Carré et Chauveau sur Carré, n. 3155. — *Contrà*, Duranton, 3, n. 543; Proudhon et Valette sur Proudhon, 2, p. 367 et s.; Demolombe, 7, n. 581.]

[14] Le choix appartient au tuteur, [Demolombe, 7, n. 580.]

[15] L'expression « meubles » ne doit pas s'entendre, dans le cas de l'art. 452, dans le même sens que dans le cas de l'art. 533. Elle doit s'entendre de tous les meubles corporels qui ne sont point accessoires d'un immeuble. L'argent, les titres de créance, les rentes sur l'État, ne sont point compris dans les dispositions de l'art. 452, Locré, sur l'art. 452; Vazeille, *Traité du mar.*, 2, n. 418; L. 24 mars 1806. [En d'autres termes, l'art. 452 ne s'applique pas aux meubles *incorporels* tels que créances, rentes, actions, qui constituent le placement utile d'un capital: il ne s'applique qu'aux meubles *corporels* qui doivent être vendus pour que le produit en soit utilement placé dans l'intérêt du mineur. Mais, par contre, il s'applique à tous les meubles corporels et par conséquent aux objets qui, d'après l'art. 533, ne doivent pas être compris sous la dénomination de meubles, parce que pour ces objets surtout il y a chance de perte, et que la vente ordonnée par l'art. 452 a précisément pour but d'éviter cette perte, Demolombe, 7, n. 472 et 473; Marcadé, sur l'art. 452. — Sur la vente des meubles incorporels, V. *inf.*, § 221.]

[16] [Cette solution s'applique au cas où le tuteur, au lieu de vendre les meubles après le délai imparti par l'art. 452, ne les a pas vendus du tout. Alors il y a lieu, selon les circonstances, de condamner le tuteur soit à restituer les meubles en nature, si cette restitution est encore possible, avec dommages-intérêts pour la détérioration qu'ils ont pu subir, soit à en restituer la valeur au jour où la vente aurait dû en être faite, avec intérêts à partir du jour où il aurait dû faire emploi du prix, art. 456; Duranton, 3, n. 543, *ad not.*; Demolombe, 7, n. 584. — V. Marcadé, sur l'art. 452.]

[17] Delvincourt, sur l'art. 452; [Fréminville, 1, n. 234 *bis*; Demolombe, 7, n. 574; Marcadé, sur l'art. 452.]

[18] [M. Marcadé, sur l'art. 453, fait remarquer avec raison que cette règle s'applique non-seulement aux père et mère tuteurs, mais encore à tous père et mère, même à ceux qui, n'ayant pas la tutelle de leurs enfants, ont l'usufruit légal de leurs biens; et qu'elle s'applique non-seulement au tuteur usufruitier légal, mais à tout tuteur ayant l'usufruit des biens du mineur, avec cette différence que le tuteur usufruitier légal est dispensé de donner caution pour les meubles qu'il conserve en nature, art. 601, tandis que le tuteur usufruitier ordinaire est tenu de fournir caution, art. 602, 603.]

[19] Sous la réserve des droits des créanciers de l'enfant, Locré, sur l'art. 453. Les créanciers des père et mère n'ont pas le droit de provoquer la vente de ces meubles, Pr., art. 608.

[20] Pour le cas où l'usufruit légal porte sur un fonds de commerce, V. Cass., 9 mess. an XI, et 10 avril 1814; Rouen, 5 juill. 1824. [V. aussi Massé, 3, n. 456.]

leur juste valeur [21], par un expert nommé par le subrogé tuteur et assermenté par le juge de paix, et aussi à la charge de rendre, à la fin de la jouissance légale, d'après leur estimation, ceux de ces objets mobiliers qui ne se trouveraient pas en nature [22], art. 453.

Enfin, la règle générale qui prescrit la vente des meubles du mineur souffre une exception dans le cas où le testateur en a prescrit la conservation. On apprécie, d'après les règles ordinaires en matière de disposition à cause de mort, la validité d'une pareille clause [23].

Les dispositions des art. 452 et 453 sont encore applicables, s'il vient à s'ouvrir un héritage d'objets mobiliers [24] au profit du mineur pendant la tutelle.

4° A l'entrée en fonctions du tuteur, le conseil de famille lui donne, pour son administration, des instructions que, du reste, le temps et les circonstances peuvent modifier. Ces instructions se rapportent : à la fixation approximative et basée sur la fortune du mineur, de sa dépense annuelle et des frais d'administration de ses biens [25]; au point de savoir si le tuteur sera autorisé à s'adjoindre, dans l'administration de la tutelle, un ou plusieurs auxi-

[21] « A leur juste valeur. » — Ces mots, qui se reproduisent dans plusieurs passages semblables du Code, se rapportent à un ancien usage d'après lequel on estimait les choses au-dessous de leur valeur, sauf à surélever l'estimation dans une certaine proportion, ce qui s'appelait *crue* ou *plus-value*, Merlin, *Rép.*, v° *Crue*.

[22] Sont-ils responsables des choses qui ont été détruites par force majeure ? Le sont-ils de celles qui ont été détruites par usage ou par vétusté ? V. art. 589, et ci-après le titre de l'*Usufruit* ; Proudhon, *De l'usuf.*, 5, n. 2636 et s.; Duranton, 3, n. 543. [Le tuteur usufruitier ne répond pas de la perte arrivée par cas fortuit. Il ne répond pas non plus de la détérioration arrivée sans sa faute. Quant aux choses fongibles qu'il a consommées, il en doit l'estimation, ou des choses de même nature, qualité et quantité, Marcadé, sur l'art. 453.]

[23] [*Contrà*, Demolombe, sur l'art. 579. — Selon cet auteur, les règles qui organisent l'administration de la tutelle sont d'ordre public, et il n'est pas permis d'y déroger. Il faut, nous le croyons, distinguer entre les règles constitutives de l'administration de la tutelle, et les règles secondaires qui ne touchent qu'à la manière d'administrer. Une règle constitutive de l'administration de la tutelle est celle qui oblige le tuteur à faire inventaire, et nous avons vu, *sup.*, note 7, qu'il ne peut en être dispensé. Mais la règle qui prescrit au tuteur de vendre les meubles inventoriés est une règle secondaire, établie dans l'intérêt présumé du mineur ; tellement secondaire que le tuteur peut être dispensé par le conseil de famille de vendre tout ou partie des meubles ; et que le tuteur usufruitier en est dispensé par la loi. On ne voit pas dès lors pourquoi, dans un intérêt dont le testateur est juge, il ne pourrait pas défendre de vendre les meubles qu'il laisse au mineur.]

[24] Locré, sur l'art. 452.

[25] Qu'arrive-t-il si cette somme n'a pas été fixée par le conseil de famille, ou si, cette somme ayant été fixée par lui, le tuteur dépense au delà ? V. Paris, 19 avril 1823. Le tuteur n'est responsable qu'autant que, d'après les circonstances, la dépense faite ne peut être justifiée. [L'arrêt précité autorise les dépenses utiles, bien qu'elles excèdent la somme fixée par le conseil de famille : en d'autres termes, le tuteur n'est pas nécessairement responsable de l'excédant de dépense ; c'est une affaire d'appréciation, Demolombe, 7, n. 602 ; Duranton, 3, n. 558. — Il est à remarquer, du reste, que la fixation des sommes que le tuteur est autorisé à dépenser ne le dispense pas de rendre compte de leur emploi, Duranton, 3, n. 560 ; Demolombe, 7, n. 604.]

liaires dont, dans tous les cas, il demeure responsable [26], art. 454 ; à la fixation de la somme au delà de laquelle le tuteur sera tenu de faire emploi de l'excédant des recettes sur les dépenses [27]. Le tuteur doit alors placer sûrement, dans les six mois, l'excédant de cette somme, dès qu'elle a été complétée ; autrement il en doit personnellement les intérêts, sauf le cas d'excuses valables [28], art. 455. Si le tuteur n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à partir de laquelle commence pour lui l'obligation de faire emploi, il doit personnellement l'intérêt des sommes, même les plus minimes [29], lorsqu'il ne les aura pas placées dans les six mois qui suivront leur rentrée [30], art. 456. Du reste, les

[26] [Ces auxiliaires ne sont ni des *cotuteurs*, V. *sup.*, § 196, ni des *protuteurs*, V. *sup.*, *ibid.* — Rien ne s'oppose d'ailleurs, ce nous semble, à ce que le tuteur choisisse lui-même des mandataires auxquels il confie, sous sa responsabilité, la gestion de quelque affaire particulière, quand il ne s'agit pas d'un acte qui doive être fait par lui personnellement, Demolombe, 7, n. 608 ; Fréminville, 2, n. 201.—Mais il ne pourrait donner le mandat général de gérer toutes les affaires de la tutelle : la tutelle est une charge personnelle qui ne se délègue pas, Demolombe, 7, n. 609.]

[27] Le tuteur est juge du mode de placement des capitaux du mineur, mais il agira prudemment en consultant le conseil de famille dans les cas douteux, Duranton, 3, n. 568. V. pour les précautions à prendre en cette matière, Pigeau, 2, p. 426 et s. [Il nous paraît plus exact de dire que le tuteur fait le placement sous sa responsabilité dans tous les cas où le conseil de famille n'a pas déterminé le mode de placement, Toullier, 2, n. 1221 ; Marcadé, sur l'art. 455 ; Demolombe, 7, n. 669 et s.—Le mode de placement peut même, en certains cas, être indiqué par les tribunaux, spécialement quand il s'agit de l'emploi du prix d'immeubles, Cass., 20 juin 1843, S. V., 43, 1, 651.]

[28] V. Maleville, sur l'art. 455. [Ce qui n'empêche pas qu'il doive compte au mineur de tous les intérêts qu'il a perçus quand il a placé la somme avant les six mois, Demolombe, 7, n. 613 ; Marcadé, sur l'art. 455.—Il doit également compte, avant les six mois, de l'intérêt des sommes qu'il a employées à son profit. — S'il n'a pas fait emploi dans les six mois, il ne doit l'intérêt des sommes qu'il a reçues qu'à partir de l'expiration des six mois, et non à partir du jour où il les a reçues. L'article 455 est formel, Demolombe, 7, n. 615. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1215, suivant lequel le défaut de placement ferait présumer que le tuteur a employé les sommes à son profit. — Par contre, nous n'admettons pas que le tuteur puisse être excusé de n'avoir pas fait le placement dans les six mois, sauf toutefois le cas où il se serait fait autoriser par le conseil de famille à ne pas faire emploi dans le délai légal. V. Demolombe, 7, n. 614.]

[29] [Pourvu qu'il s'agisse d'une somme qui ne serait pas évidemment inférieure à la dépense annuelle du mineur, Douai, 5 juin 1846, S. V., 48, 2, 233. Cette solution, combattue par Demolombe, 7, n. 617, nous semble conforme à l'esprit et même à la lettre de l'art. 456 qui, en disposant que le tuteur qui n'a pas fait déterminer par le conseil de famille la somme à laquelle doit commencer l'emploi, doit les intérêts *de toute somme non employée*, quelque modique *qu'elle* soit, suppose qu'il y a eu une *somme non* employée, ce qui n'a pas lieu quand les sommes touchées par le tuteur sont évidemment insuffisantes pour l'entretien du mineur et ont été *employées* à cet entretien.]

[30] Sur l'obligation où peut se trouver le tuteur de payer les intérêts des intérêts, V. Delvincourt, sur l'art. 455 et 456; Toullier, 2, n. 1217 et s.; Lyon, 16 fév. 1835, S. V., 35, 2, 510. [Cet arrêt décide que le tuteur doit l'intérêt des intérêts annuels, comme de toute autre recette, après l'expiration des six mois. Duranton, 3, n. 564 ; Magnin, 1, n. 540; Maleville, 1, p. 561.] — L'art. 456, qui fait exception au droit commun, ne doit pas être appliqué au cas où le tuteur, après la fin de la tutelle, conserve de l'argent entre ses mains. C'est plutôt alors le cas de recourir à l'art. 1996, Nancy, 19 mars

dispositions des art. 455 et 456 s'appliquent aussi aux capitaux remboursables au mineur[31], ou dont le tuteur est lui-même débiteur[32].

Enfin, les instructions du conseil de famille peuvent aussi s'étendre au mode d'éducation qui sera donnée au mineur, et à l'administration de ses biens, arg. art. 454 [33].

Le père n'a pas à recevoir du conseil de famille les instructions mentionnées dans les art. 454 et 455 [34]. Il en est de même de la mère, d'après l'art. 454, excepté dans le cas où elle vient à convoler en secondes noces[35], arg. art. 395 et 396.

1830. — [*Contrà*, Cass., 28 nov. 1842, S. V., 43, 1, 523; Magnin, 1, n. 688. Tel est aussi notre avis; tant que le compte n'a pas été rendu, la tutelle dure et avec elle les règles qui lui sont propres. L'arrêt précité de la Cour de Nancy, invoqué par notre auteur, a été rendu contrairement aux conclusions de M. Troplong, alors avocat général. V. Devilleneuve, *Nouv. coll.*, 9, 2, 416.]

[31] [C'est-à-dire aux capitaux trouvés comptants lors de l'ouverture de la tutelle; au remboursement des sommes dues au mineur; au prix des meubles ou des immeubles vendus par le tuteur. V. Demolombe, 7, n. 618 et 619; Marcadé, sur l'art. 455.]

[32] Maleville, Locré et Delvincourt, sur les art. 455 et 456. *Tutor à semetipso exigere debuit*. [On s'est demandé si le tuteur devait les intérêts des sommes par lui personnellement dues au mineur, à partir de l'échéance de la dette ou à partir des six mois. Il faut distinguer; si le tuteur a versé les fonds en caisse, selon l'expression fort juste de M. Marcadé, les intérêts ne courent, en cas de non-emploi, que six mois après l'échéance et le versement. Si au contraire il ne les a pas versés en caisse, ou, ce qui revient au même, s'il ne justifie pas de ce versement, il est présumé avoir employé les fonds à son usage, et il en doit l'intérêt à partir de l'échéance, Marcadé, sur l'art. 455; Demolombe, 7, n. 616.]

[33] V. Duranton, 3, n. 528; Toullier, 2, n. 1205; Cass., 8 août 1815; [Demolombe, 7, n. 535; Turin, 9 déc. 1808; Paris, 22 mars 1824. — *Contrà*, Magnin, 1, n. 607. — La première opinion, adoptée par notre auteur, est la bonne : le droit du conseil de famille de régler la somme à laquelle s'élèvera annuellement la dépense du mineur implique le droit de déterminer l'emploi de cette somme, et conséquemment le mode d'administration. V. *inf.*, § 221.]

[34] Toulouse, 2 juill. 1821. [V. la note suivante.]

[35] Rouen, 8 août 1827; Agen, 14 déc. 1830. V. cependant Toulouse, 28 juill. 1832, S. V., 32, 2, 76. [L'art. 454 dispose en termes exprès que ses dispositions ne sont pas applicables aux père et mère tuteurs. Il ne peut être question, en effet, les père et mère ayant l'usufruit des biens de leurs enfants, et conséquemment les administrant dans leur intérêt, de déterminer la dépense annuelle du mineur, et de limiter le droit d'administration que les père et mère puisent dans leur propre qualité. — Il en est évidemment de même des art. 455 et 456, relatifs à l'emploi de l'excédant des revenus sur la dépense, et au point de départ des intérêts de toute somme non employée. Ces articles sont les corollaires de l'art. 454 et ne doivent dès lors s'appliquer qu'à ceux à qui cet article est applicable, Marcadé, sur l'art. 454; Demolombe, 7, n. 628. — Mais ces articles deviennent-ils applicables aux père et mère après l'extinction de l'usufruit légal? Si l'art. 454 se taisait sur l'inapplicabilité de ses dispositions et de leurs conséquences aux père et mère tuteurs, et si cette inapplicabilité résultait seulement, par suite d'une induction rationnelle, de la qualité d'usufruitier légal appartenant au père ou à la mère, on pourrait en conclure que les art. 454, 455 et 456 deviennent applicables dès que cesse la cause qui s'opposait à leur application. Mais il n'en est pas ainsi : l'art. 454 se prononce, et il se prononce d'une manière absolue, sans distinction de temps. Le législateur n'a pas voulu porter atteinte à la puissance paternelle en limitant son exercice, et il s'est d'ailleurs confié à la tendresse des père et mère pour leurs enfants, Demolombe, *ibid.* — *Contrà*, Marcadé, *ibid.* — Nous pensons même que la généralité de l'art. 454 ne permet pas de distinguer entre les père et mère tuteurs légaux, et

Les règles qui précèdent peuvent encore être modifiées par les dispositions testamentaires relatives à l'administration des biens donnés au mineur [36].

§ 220. *Des devoirs du tuteur quant à l'administration de la tutelle.* 1° *Relativement à la personne du mineur.*

Le tuteur est tenu 1° d'avoir pour l'entretien et l'éducation du mineur les soins d'un père [1]. Mais les frais d'entretien et d'éducation ne sont pas à sa charge [2], et il n'est pas obligé de l'élever lui-même [3], art. 450. Toutefois, quoique le tuteur, en vertu de son droit, préside à l'éducation du mineur, il ne peut porter atteinte aux droits de la puissance du père et de la mère, et spécialement à celle de la mère, bien qu'elle ait refusé la tutelle de ses enfants, ou que, comme dans le cas de l'art. 395, elle ait perdu

les père et mère tuteurs datifs.—*Contrà*, Demolombe, 7, n. 631. — Quant aux père et mère qui ne sont pas tuteurs et qui ont l'usufruit des biens de leurs enfants, il n'est pas douteux qu'eux seuls peuvent diriger leur éducation et régler leur dépense annuelle. Mais lorsque leur usufruit vient à cesser, n'ayant à aucun titre l'administration des biens, c'est au conseil de famille à régler la dépense du mineur, Demolombe, 7, n. 632.—Enfin, si la mère tutrice venant à se remarier conserve la tutelle, comme dans ce cas il lui est donné un cotuteur, art. 396, les art. 454, 455 et 456 deviennent applicables, non pas précisément et directement à la mère, mais au cotuteur, qui ne saurait jouir des mêmes dispenses ni des mêmes droits. V. Demolombe, 7, n. 146 et 630.]

[36] Bruxelles, 15 déc. 1807. V. cependant L. 2, § 3, Dig., *Ubi pupillus educari*. [V. *sup.*, note 7.]

[1] Le droit français ne contient aucune disposition précise sur la manière dont le tuteur doit remplir ce devoir, et notamment sur l'éducation religieuse à donner au mineur. [Peut-il dépendre du tuteur, même quand le tuteur est le père ou la mère, d'élever le mineur dans une autre religion que celle où il est né ? Nous ne le pensons pas. L'autorité du tuteur, même en ce qui concerne l'éducation, ne s'étend pas aux choses de la conscience. Quand le père n'est pas de la même religion que la mère, l'enfant doit, en général, être élevé dans la religion du père dont l'autorité domine celle de la mère, art. 373. V. *sup.*, § 186, note 2. — Selon Chardon, *Puiss. pat.*, n. 101, le choix du culte dans lequel l'enfant naturel doit être élevé appartient à celui du père ou de la mère qui en a la garde. Cette solution ne nous semble devoir être admise que pour le cas où le père ou la mère naturels ne sont pas de la même religion.]

[2] Maleville, sur l'art. 454. [La tutelle n'entraîne directement aucune charge ni obligation pécuniaire. C'est ce qui résulte non-seulement de la nature des choses, mais aussi de l'art. 454, qui charge le conseil de famille de régler la dépense annuelle du mineur. Cette règle, toutefois, ne s'applique pas au père et à la mère légitimes qui contractent par le mariage l'obligation de nourrir, entretenir et élever leurs enfants, art. 203 ; elle ne s'applique même pas aux père et mère naturels qui sont tenus de fournir des aliments à leurs enfants reconnus. V. *sup.*, § 171.]

[3] [Il y a plus : l'éducation du mineur peut même être enlevée au tuteur par le conseil de famille, s'il trouve qu'il y a intérêt à ce que cette éducation soit confiée à une autre personne, Cass., 8 avril 1815. C'est ce qui résulte de ce que le conseil de famille a le droit de régler tout ce qui concerne l'éducation du mineur. V. *sup.*, § 219. — Mais il en serait autrement si la tutelle était exercée par le père ou par la mère, dont le conseil de famille ne pourrait limiter la puissance. — Quant au père ou à la mère destitués de la tutelle ou qui l'ont refusée, V. la note suivante.]

cette tutelle; dans ce cas, la règle générale est que l'éducation des enfants reste à la mère [4].

2° Le tuteur est tenu de veiller à l'établissement du mineur, lorsque l'âge en est venu, suivant sa position, soit en le plaçant dans une maison de commerce, soit en lui faisant apprendre un métier [5], art. 450.

3° Lorsque le tuteur a de graves sujets de mécontentement à raison de la conduite du mineur, il peut soumettre ses plaintes au conseil de famille, et se faire autoriser à requérir du président du tribunal, et en se conformant à la procédure tracée par les art. 377 et 378 [6], la détention du mineur, art. 468.

4° Enfin le tuteur est autorisé à provoquer l'émancipation du mineur, art. 478 et 479. V. ci-après § 227 [7].

§ 221. *Suite.* — 2° *En ce qui touche les biens du mineur.*

Le tuteur a tout à la fois le droit et le devoir d'administrer la fortune du mineur, c'est-à-dire de faire tout ce qui est nécessaire pour conserver et augmenter ses biens, et en tirer un revenu convenable. Pour l'accomplissement de ce devoir, et dans l'exercice de ce droit, il est soumis, excepté dans quelques cas pour lesquels les lois contiennent des dispositions particulières, à cette règle générale, qu'un tuteur doit administrer les biens du mineur confié à ses soins comme un homme d'honneur et un bon père de famille, art. 450. V. § 217.

Il est, par suite de son droit et de son devoir de surveiller les capitaux et la fortune mobilière du mineur, V. § 219, tenu de poursuivre la rentrée des créances actives [1], d'éteindre les dettes et les

[4] Vazeille, 2, n. 469; Merlin, *Rép.*, v° *Education*, § 1, n. 4. Il peut se présenter quelques dissentiments sur cette question. Cependant le principe posé dans le paragraphe doit servir de règle générale. Des circonstances particulières peuvent seules engager les tribunaux à s'en écarter. *Salus liberorum suprema lex esto.* [Régulièrement le père ou la mère dispensés ou destitués de la tutelle conservent la garde et l'éducation du mineur; mais le conseil de famille et, en cas de contestation, les tribunaux peuvent attribuer la garde du mineur au tuteur, si cette dérogation aux règles ordinaires est commandée par l'intérêt du mineur, Bastia, 31 août 1826, et Lyon, 5 avril 1827. V. Demolombe, 6, n. 376 et s.]

[5] [Soit en le mettant à même d'exercer une profession libérale ou de remplir des fonctions publiques.]

[6] Locré, sur l'art. 468. V. *sup.*, § 187.

[7] [Le tuteur ne peut autoriser le mariage du mineur. Il ne peut qu'y former opposition, art. 160, 175. V. *sup.*, § 127. — Il ne peut non plus consentir à l'enrôlement volontaire du mineur, sans l'autorisation du conseil de famille, L. 21 mai 1832, art. 32.]

[1] [Cass., 30 juin 1807; Duranton, 3, n. 550 et s. Et sans l'assistance du subrogé tuteur, à moins de décision contraire du conseil de famille, Cass., 20 juill. 1842, S. V., 42, 1, 587. Les débiteurs ne peuvent même exiger du tuteur ni caution ni remploi, Toulouse, 26 août 1818. Le conseil de famille ne peut que surveiller cet emploi, Riom, 15 avril 1809; sans même pouvoir l'imposer au père, tuteur légal, Toulouse, 2 juill. 1821. Toutefois, quand il s'agit de capitaux

charges[2], d'interrompre les prescriptions[3], d'entretenir les bâtiments en bon état de réparation, de cultiver les biens fonds[4] et de les affermer, d'y faire les améliorations convenables[5], de toucher les revenus du mineur et d'en donner quittance[6], etc.

provenant de la vente ou de la licitation des biens du mineur, le conseil de famille et le tribunal peuvent, en autorisant la vente, déterminer l'emploi des deniers, Bruxelles, 22 juill. 1830; et cela même vis-à-vis du père, tuteur légal, Cass., 20 juin 1843, S. V., 43, 1, 651. — *Contrà*, sur ce dernier point, Douai, 30 août 1839, S. V., 40, 2, 187. V. Demolombe, 7, n. 670, et Marcadé, sur l'art 456.] Il peut aussi céder les créances mobilières du mineur sans l'autorisation du conseil de famille, Paris, 18 fév. 1826. [Les céder est un moyen de les faire rentrer, Paris, 18 fév. 1826; Delvincourt, 1, p. 450; Chardon, *Puiss. tut.*, p. 363. — *Contrà*, Douai, 28 juin 1843, S. V., 43, 2, 586. — Il en est de même des actions industrielles : il est d'une bonne administration de saisir l'instant favorable pour les vendre. V. Valette sur Proudhon, 2, p. 372; Demolombe, 7, n. 591 et s. — Pour les rentes sur l'Etat et les actions de la banque de France, V. *inf.*, dans le paragraphe.]

[2] [Pourvu, bien entendu, que la dette fût échue. S'il payait à tort ce qui n'est pas encore dû, il serait responsable.] Il peut aussi sans l'assistance du subrogé tuteur se faire payer des créances immobilières qu'il a sur le mineur, Toulouse, 21 juin 1832, S. V., 32, 2, 195; [Demolombe, 7, n. 656. — Mais comme pas plus qu'un autre créancier il n'est obligé de recevoir son payement par partie, la créance n'est éteinte que lorsqu'il a entre les mains une somme appartenant au mineur et suffisante pour le payer, Toullier, 2, n. 1219; Demolombe, 7, n. 657. — *Contrà*, Duranton, 3, n. 566; et Duvergier sur Toullier, *loc. cit.*]

[3] Duranton, 3, n. 571; [Demolombe, 7, n. 687. Il est même responsable des prescriptions qu'il laisse acquérir contre le mineur, Pau, 19 août 1850, S. V., 50, 2, 587. — Il peut aussi exercer seul et sans autorisation tous les actes conservatoires, intenter des actions possessoires, faire assurer les biens du mineur, etc., Demolombe, *ibid.* — Le tuteur qui a cessé ses fonctions peut même faire des actes conservatoires jusqu'à son remplacement, Colmar, 25 juill. 1817.]

[4] [C'est-à-dire de les cultiver lui-même : la défense faite au tuteur de prendre à bail les biens du mineur, sauf sous certaines conditions, art. 450, V. *inf.*, notes 8 et 9, ne s'oppose pas à ce qu'il cultive pour le compte du mineur, Duranton, 3, n. 548; Demolombe, 7, n. 644; Ferrière, part. 4, sect. 4, n. 209. — *Contrà*, Pothier, *Des personnes*, part. 1, tit. 6, § 3, art. 4.]

[5] Le tuteur agira prudemment en n'entreprenant aucune construction ou amélioration importante sans l'autorisation du conseil de famille, Paris, 12 vent. an II. [Le droit du tuteur de faire seul toutes les réparations d'entretien n'est pas contestable : c'est là évidemment un acte d'administration. — Mais peut-il faire seul les grosses réparations? Demolombe, 7, n. 649 et s., distingue : si le tuteur fait les réparations avec les revenus ou même avec des capitaux, sans contracter aucune obligation, et en payant comptant, il agit valablement, sauf à engager sa responsabilité, dans le cas où il aurait mal agi. Si au contraire le tuteur, au lieu de faire travailler au comptant, fait un traité avec un entrepreneur envers lequel il s'oblige au nom du mineur, le même auteur sousdistingue entre le cas où l'obligation contractée par le mineur est de nature à pouvoir être acquittée avec les revenus, et alors le traité est obligatoire pour le mineur vis-à-vis de l'entrepreneur; et le cas où l'obligation est de nature à entamer le capital, et alors le mineur n'est pas obligé. Nous ne saurions admettre ces distinctions qui, si elles étaient fondées, devraient être appliquées aussi bien aux réparations d'entretien qu'aux grosses réparations. Réparer c'est administrer; et cela suffit pour que le mineur soit engagé vis-à-vis des entrepreneurs qui n'ont pas les moyens de vérifier si les engagements contractés par le tuteur excèdent les revenus et entament le capital. — Mais il est bien évident qu'il en est autrement des constructions nouvelles : faire construire n'est pas faire acte d'administration. Les entrepreneurs qui ont traité avec le tuteur pour des constructions nouvelles ont donc suivi la foi de celui-ci, et n'ont dès lors rien à demander au mineur. — *Contrà*, Demolombe, 7, n. 652, qui pour les constructions nouvelles fait la même distinction que pour les grosses réparations.]

[6] Paris, 6 floréal an II; Cass., 10 juin 1807.

Cependant, 1° les rentes sur l'État au-dessus de 50 francs et les actions de la Banque de France ne peuvent être aliénées qu'avec le consentement du conseil de famille, L. du 24 mars 1806 et décret du 25 septembre 1813. Le tuteur agira sagement, pour mettre sa responsabilité à couvert, en appliquant le même principe aux rentes sur particuliers[7].

2° Pour les baux d'immeubles, le tuteur doit, quant à leur durée[8], observer les mêmes restrictions que le mari relativement aux immeubles de sa femme[9], art. 1718. V. art. 1429 et 1430.

3° Bien que le droit d'administrer, qui appartient au tuteur, implique le droit d'aliéner les meubles, l'exercice de ce droit devra être subordonné aux dispositions de l'art. 452[10]. V. § 219.

Enfin, 4° le Code excepte certains actes qui, en eux-mêmes, ne tendent cependant qu'à l'augmentation de la fortune du mineur, et qui, à ce titre, devraient rentrer dans les actes de pure administration. V. art. 461, 462, 463[11].

Relativement au droit du tuteur de disposer des biens du mineur, le Code ne contient pas de règles générales ; mais les règles particulières qu'il pose partent de ce principe que le tuteur ne peut que dans certains cas donnés et en observant certaines conditions, aliéner les immeubles de son pupille et contracter des obligations excédant les limites d'une simple administration, ou pouvant engager la totalité de sa fortune.

[7] Proudhon, 2, p. 222 ; Duranton, 3, n. 555. [Aucune formalité n'est exigée pour la vente des rentes sur particuliers, pas plus que pour la vente des actions industrielles, ainsi que nous l'avons vu *sup.*, note 1, Demolombe, 7, n. 598 ; Marcadé, sur l'art. 559. V. Pr., art. 636.]

[8] Le tuteur n'est soumis à aucune autre restriction pour louer ou pour affermer les immeubles du mineur. Ainsi, par exemple, il n'est pas tenu de mettre la location aux enchères, Proudhon, 2, p. 214 ; [Demolombe, 7, n. 638 ; Rouen, 30 nov. 1840, S. V., 41, 2, 137.—En conséquence, le ministère public ne peut requérir la convocation du conseil de famille à l'effet de donner son avis sur les baux des biens du mineur et d'ordonner que ces baux soient mis aux enchères, Cass., 11 août 1818 ; Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. 5, § 1.]

[9] Toullier, 2, n. 1206. V. cependant Duranton, 3, n. 545 et s. Duranton fait remarquer que le tuteur ne peut passer ni renouveler les baux dont l'exécution ne devrait commencer qu'à la majorité du mineur, quelle qu'en fût la durée. En effet, si la durée de la communauté conjugale est incertaine, V. art. 1430, il n'en est pas de même de la tutelle, puisque le jour de la majorité est certain. [Cette restriction ne nous semble pas admissible. Elle ne repose sur aucun texte, et elle est contraire à l'intérêt bien entendu du mineur, qui est d'assurer la location de ses biens. Trois ans ou deux ans avant l'expiration des baux, le tuteur peut donc passer un bail, qui ne commencera qu'après la majorité du mineur. En le faisant, il n'engagera jamais sa responsabilité ; il pourrait l'engager en ne le faisant pas. Fréminville, 1, n. 531 ; Magnin, 2, n. 672 ; Demolombe, 7, n. 641.]

[10] [Mais le tuteur n'est obligé de recourir aux dispositions de l'art. 452 que lorsqu'il s'agit de meubles dont il a dû préalablement faire dresser inventaire, c'est-à-dire de meubles provenant de succession ou de donation, Marcadé, sur l'art. 452. V. Demolombe, 7, n. 585.]

[11] [V. *inf.*, dans ce même paragraphe.]

Par suite, le tuteur ne peut, 1° sans avoir pris au préalable l'autorisation du conseil de famille, ni emprunter [12], ni aliéner [13], ni hypothéquer [14] les immeubles du mineur [15]. Cette autorisation ne doit être donnée que pour des motifs urgents, par exemple, afin d'acquitter des dettes, ou pour un avantage évident. Dans le premier cas, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de constater un motif urgent, le conseil de famille doit, avant tout, demander au tuteur un aperçu de la situation de la fortune du mineur, à l'effet d'établir avec certitude la nécessité de l'aliénation des immeubles par suite de l'insuffisance des revenus et des meubles pour éteindre les dettes [16]. Dans tous les cas, le conseil de famille, en autorisant une aliénation, détermine l'immeuble ou les immeubles qui doivent être de préférence aliénés, et fixe les conditions de l'aliénation [17], art. 457. La déclaration du conseil de famille qui autorise soit un

[12] Il faudrait peut-être aussi faire rentrer dans les dispositions de cet article le cas où le tuteur voudrait entamer les capitaux du mineur. [Il serait mieux qu'il en fût ainsi; mais dans l'état actuel de la législation, le tuteur n'a besoin d'autorisation que pour aliéner les biens immeubles. — C'est pourquoi rien ne s'oppose à ce que le tuteur puisse seul et en vertu de son droit d'administration employer les capitaux en acquisitions d'immeubles, Demolombe, 7, n. 676; Duranton, 3, n. 568.]

[13] Le tuteur ne peut non plus étendre ou proroger le délai fixé par le réméré d'un immeuble appartenant au mineur, Cass., 18 mai 1813. — Il ne peut pas davantage consentir à résilier l'acte d'acquisition d'immeubles faite par le mineur, Cass., 15 déc. 1825. — Pour des raisons qui peut-être sembleront insuffisantes, on a compris dans la prescription de l'art. 457, le cas où le tuteur a transféré de l'un des immeubles sur l'autre une hypothèque appartenant au mineur, Metz, 18 juin 1824; Grenier, *Traité des hyp.*, 2, n. 521. — Le tuteur seul peut-il consentir à la radiation ou à la limitation d'une inscription prise au profit du pupille? V. Grenier, *loc. cit.*; Magnin, 2, n. 1347; Cass., 22 juin 1818. La question doit être résolue par une distinction. [Voici cette distinction : si le tuteur reçoit le montant de la créance hypothéquée, il peut donner seul la mainlevée de l'inscription. V. l'arrêt précité; Troplong, *Hyp.*, n. 738 *bis*; Persil, *Rég. hyp.*, sur l'art. 2157, n. 7. — *Contrà*, Tarrible, *Rép.*, v° *Radiation*, n. 2. — Si le tuteur ne reçoit rien, il ne peut donner mainlevée de l'inscription. — Quand le mineur est créancier hypothécaire d'un failli, le tuteur ne peut prendre part au concordat, Cass., 18 juill. 1843, S. V., 43, 1, 778; Massé, 3, n. 140. — *Quid*, si le mineur est créancier chirographaire? V. *inf.*, note 43.]

[14] [L'hypothèque irrégulièrement consentie par le tuteur est nulle, même lorsque l'obligation qu'elle a pour but de garantir a tourné à l'avantage du mineur. L'obligation peut être valable sans que l'affectation hypothécaire le soit également, Duranton, 19, n. 348; Fréminville, 2, n. 747; Demolombe, 7, n. 739. — *Contrà*, Basnage, *Hyp.*, 1re part., ch. 3; Rousseau de Lacombe, v° *Tuteur*, sect. 8, dist. 4. — Le tuteur ne peut non plus, sans autorisation, donner à antichrèse les immeubles du mineur, Pau, 9 août 1837, S. V., 38, 2, 250; Demolombe, 7, n. 742.]

[15] Il ne pourrait consentir une servitude sur un immeuble du mineur. *Eadem est ratio.* [C'est une véritable aliénation partielle.]

[16] [Jugé que ce compte n'est pas exigé au cas d'emprunt spécialement destiné à préserver d'expropriation forcée un immeuble du mineur, Bordeaux, 17 mars 1843, S. V., 43, 2, 424. Cette exception ne nous paraît pas devoir être admise; sans doute l'expropriation fait présumer la nécessité absolue, mais elle ne suffit pas pour la prouver, Demolombe, 7, n. 728.]

[17] [Il n'y a pas de raison pour qu'il n'en soit pas ainsi quand il s'agit d'hypothèque, puisque l'hypothèque est un commencement d'aliénation, Marcadé, sur l'art. 457; Demolombe, 7, n. 741.]

emprunt, soit l'aliénation, soit l'affectation hypothécaire[18] d'un immeuble, a besoin de l'homologation du tribunal[19], art. 458 et 2126. Lorsque le conseil de famille a autorisé la vente d'un immeuble du mineur, cette vente s'opère[20] publiquement, et en observant les formes[21] exigées par le Code de procédure, art. 459. V. aussi art. 1684. Les dispositions des art. 457 et 458 ne sont point applicables au cas où le mineur possède une propriété indivise avec un tiers, et où la licitation de la propriété commune est poursuivie[22] à la requête du copropriétaire en vertu d'un jugement, art. 460, V. art. 827; ni au cas où la vente d'un immeuble est poursuivie par un créancier[23], art. 2206 et 2207. Mais, dans ces deux cas, on doit observer certaines formes déterminées pour les ventes aux enchères[24]. V. art. 460, 809, 1687; Pr., art. 954 et s., et art. 673 et s.

[18] L'homologation en justice est donc nécessaire dans d'autres cas que celui de l'aliénation d'un immeuble, Pigeau, 2, p. 453; Merlin, *Rép.*, v° *Hypoth.*, sect. 2, § 3, art. 6, n. 2; et *Quest.*, v° *Hyp.*, § 4; Favard, v° *Tutelle*, § 9, n. 13. Locré est d'une opinion contraire. On peut, à l'appui de l'opinion de Locré, invoquer un motif très-spécieux ou très-plausible emprunté à la discussion qui a eu lieu au sujet de l'art. 458. Mais nous croyons que l'opinion émise dans le paragraphe doit être préférée.—Toullier, 2, n. 1223, remarque que l'homologation en justice ne serait pas nécessaire pour un emprunt dont le but serait de payer une dette liquide ou de faire disparaître une hypothèque. V. en sens contraire, Favard, v° *Tutelle*, § 4, n. 5. [Il ne nous paraît pas douteux que l'homologation dont parle l'art. 458, soit exigée non-seulement pour l'aliénation mais encore pour l'emprunt et pour l'hypothèque. « La délibération relative *à cet objet* », dit l'art. 458. Or, l'*objet* de l'art. 457 est à la fois l'emprunt, l'hypothèque et l'aliénation, et non pas seulement l'aliénation, Demolombe, 7, n. 729 et s.] L'inobservation de l'art. 458 entraîne-t-elle la nullité du prêt? V. ci-après, le titre des *Obligations*. [Si l'emprunt avait profité au mineur, le mineur serait obligé jusqu'à concurrence du profit qu'il en aurait tiré, Marcadé, sur l'art. 457.]

[19] Ce n'est pas le juge de la situation des biens qui doit donner cette homologation, Bousquet, sur l'art. 458. [C'est le juge du domicile du mineur. — En général, l'homologation est poursuivie à la requête du tuteur; mais s'il s'agissait d'un emprunt destiné à payer une dette personnelle au tuteur, l'homologation devrait être poursuivie à la requête du subrogé tuteur, Montpellier, 17 mai 1831, S. V., 32, 2, 289. — Le tribunal statue sur la demande d'homologation, non en audience civile, mais en la chambre du conseil. Le Code de procédure n'a pas dérogé à la disposition de l'art. 458, Douai, 1er août 1838, S. V., 40, 2, 21; Carré et Chauveau, n. 3003; Marcadé, sur l'art. 458.]

[20] Pr., art. 954 et s. V. Pigeau, 2, p. 455 et s.; Delvincourt et Paillet, sur l'art. 459; [Chauveau et Carré, sur les art. 954 et s.]

[21] Ainsi donc le conseil de famille ne peut autoriser l'échange d'un immeuble, et la jurisprudence exige impérieusement dans ce cas l'observation des dispositions légales prescrites au tuteur pour l'aliénation des biens du mineur, Cass., 26 août 1807. [Si l'on admettait cette opinion, il en résulterait que l'échange des biens de mineurs ne serait jamais possible. Telle n'ayant pu être l'intention du législateur, il faut en conclure que l'échange peut avoir lieu après avis du conseil de famille, homologué par le tribunal, Demolombe, 7, n. 737.]

[22] Il en serait différemment si le tuteur voulait lui-même introduire la demande en licitation, Maleville, sur l'art. 460.

[23] *Jurisp. du C. civ.*, 2, p. 409.

[24] [En cas d'expropriation pour utilité publique de biens appartenant à des mineurs, l'autorisation de consentir à l'aliénation amiable des biens peut être donnée au tuteur par le tribunal, sur simple requête, art. 13, L. 3 mai 1841.]

2° Le tuteur ne peut ni accepter ni répudier[25], sans l'avis du conseil de famille, une succession ouverte au profit du mineur; l'acceptation ne peut avoir lieu que sous bénéfice d'inventaire[26], art. 461 et 462[27]. Il en est ainsi même dans le cas d'un legs universel, ou à titre universel[28].

3° L'autorisation du conseil de famille est également nécessaire pour l'acceptation d'une donation faite au mineur[29]; l'acceptation de la donation par le tuteur seul n'a aucun effet, même vis-à-vis du donateur[30], art. 462. Toutefois, si la tutelle est remise aux mains d'un ascendant, sa qualité d'ascendant l'autorise à accepter une donation au nom du mineur, sans recourir au conseil de famille[31], art. 935. Il serait peut-être convenable d'étendre la disposition de l'art. 462 aux legs particuliers auxquels le mineur peut être appelé[32].

[25] L'homologation n'est pas nécessaire pour la validité de la délibération du conseil de famille, Toulouse, 5 juin 1829 et 11 juin 1829; [Duranton, 3, n. 577; Demolombe, 7, n. 696; Marcadé, sur l'art. 461.—Il y a plus, la renonciation à une succession sans l'autorisation du conseil de famille est nulle, bien qu'elle ait été autorisée par le tribunal, Grenoble, 6 déc. 1842, S. V., 43, 2, 290. — Il n'est pas nécessaire que la délibération du conseil de famille soit motivée, Toulouse, 5 juin 1829.]

[26] Qu'arriverait-il dans le cas où le tuteur aurait accepté purement et simplement la succession? Le mineur pourra revenir contre son acceptation et le tuteur sera tenu, suivant les circonstances, de dommages-intérêts vis-à-vis des créanciers. [Une acceptation non autorisée ne peut avoir d'ailleurs pour effet de rendre le mineur héritier pur et simple, Nîmes, 8 nov. 1827; Rouen, 30 août 1828; Limoges, 30 juillet 1827. — Ajoutons que l'abandon des biens d'une succession échue à un mineur et acceptée par lui sous bénéfice d'inventaire, fait aux créanciers de la succession par le tuteur, n'est valable qu'autant qu'il est précédé des autorisations requises pour la validité des aliénations de biens de mineurs, Cass., 12 mars 1839, S. V., 39, 1, 274.]

[27] [La renonciation faite au nom du mineur n'est pas irréparable; la succession peut toujours être reprise soit par le tuteur nouvellement autorisé à cet effet, soit par le mineur devenu majeur, tant qu'elle n'a pas été acceptée par un autre, art. 462. — La prescription du droit de reprendre la succession ne court contre l'héritier mineur qu'à partir de sa majorité, art. 2252. Mais lorsqu'il revient sur sa renonciation, il reprend la succession dans l'état où elle se trouve, art. 462: d'où il faut conclure qu'il ne peut se prévaloir de son état de minorité pour prétendre que, pendant sa renonciation, aucune prescription n'a pu s'accomplir au profit des tiers débiteurs de la succession, Duranton, 3, n. 579; Demolombe, 7, n. 701.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 462 et sur l'art. 790. V. *inf.*, le titre des *Successions*.]

[28] Duranton, 3, n. 581; Proudhon, *De l'usuf.*, 1, n. 138. V. ci-après le titre des *Successions*. [Demolombe, 7, n. 703.]

[29] [Peu importe que la donation soit avec charges, ou pure et simple.]

[30] Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*, § 7, n. 1 et s. V. ci-après, le titre des *Successions*.

[31] Cass., 25 juin 1812. [Duranton, 8, n. 441; Marcadé, sur l'art. 463. Les ascendants peuvent même accepter pour le mineur, quoiqu'ils ne soient pas tuteurs, art. 463. V. *sup.*, § 51, note 3. — Mais si la donation était faite au mineur par un ascendant, tuteur ou non, il ne pourrait accepter lui-même la donation pour le mineur; elle devrait être acceptée soit par le subrogé tuteur, soit par un tuteur *ad hoc*, Cass., 11 juin 1816; Riom, 14 août 1829; Grenoble, 14 juillet 1836, S. V., 39, 2, 259; Rouen, 27 fév. 1852, S. V., 52, 2, 583; Toullier, 5, n. 502; Merlin, *Rép.*, v° *Mineur*, § 7, n. 4; Grenier, *Don.*, 1, n. 65 et 66; Duranton, 8, n. 443; Delvincourt, 2, p. 475; Vazeille, *Donat.*, sur l'art. 935; Demolombe, 7, n. 706.]

[32] Duranton, 3, n. 582. [La question

4° Tout partage[33] dans lequel le mineur est intéressé, qu'il s'agisse de meubles ou d'immeubles[34], que le mineur soit demandeur ou défendeur[35], doit être fait en justice et dans les formes déterminées par l'art. 466, V. art. 822 et s., et Pr., art. 966 et s.[36]; c'est-à-dire après expertise[37], et par voie de tirage au sort[38], toutefois en observant l'exception résultant de l'art. 467[39]. Si le partage a eu lieu sans l'observation de toutes ces formalités[40], il ne doit être considéré (sauf le cas de l'exception ci-dessus) que comme un partage provisionnel[41], et toutes les parties, non-seulement les mineurs, mais aussi les majeurs, peuvent demander un nouveau partage[42], art. 466, § 2, art. 840.

est susceptible de plusieurs distinctions. Si le legs est avec charges, on doit l'assimiler à une donation et décider que le tuteur ne peut l'accepter sans l'autorisation du conseil de famille; s'il est sans charges, le tuteur, qui peut exercer seul les actions mobilières du mineur, V. *inf.*, § 222, a qualité pour l'accepter et en demander la délivrance; à moins toutefois que le legs ne fût immobilier, parce que le tuteur ne peut sans autorisation exercer les actions immobilières du mineur. V. *inf.*, § 222.— V. Duranton, 3, n. 582, et Demolombe, 7, n. 708.]

33 [Sauf toutefois le partage d'ascendant : le père tuteur peut représenter son enfant mineur dans un partage anticipé de la succession d'un ascendant de cet enfant, sans une autorisation spéciale du conseil de famille, art. 840, 935. Un acte de cette nature a principalement le caractère de donation, et le partage ne vient qu'accessoirement. On doit donc appliquer les règles des donations plutôt que celles des partages, Besançon, 16 janv. 1846, S. V., 47, 2. 267; Nîmes, 10 avril 1847, S. V., 48, 2, 130.]

34 Locré, sur l'art. 465; Chabot, *Success.*, sur l'art. 817, n. 2; Pigeau, 2, p. 618; [Paris, 13 pluv. an XII.]

35 Duranton, 3, n. 573.

36 Sur l'antinomie qui paraît exister entre l'art. 466 et l'art. 824, V. ci-après, le titre des *Successions*.

37 [Aujourd'hui l'expertise est facultative, art. 970 nouv. Pr.; L. 27 juin 1841.]

38 [Le tirage au sort est une formalité essentielle à laquelle il ne peut être dérogé sous quelque prétexte que ce soit, Colmar, 3 août 1832, S. V., 33, 2, 52; Cass., 25 nov. 1834. S. V., 35, 1, 253; Nancy, 6 juill. 1837, S. V., 39, 2, 102; Riom, 23 mai 1843, S. V., 43, 2, 384. V. cependant la note suivante.]

39 Ce qui revient à dire que le partage peut aussi avoir lieu *per modum transactionis*. [Ainsi, bien que le partage fait avec un mineur doive en règle générale être fait par tirage au sort, il peut être fait par voie d'*attribution de part*, si ce mode de partage est autorisé comme pourrait l'être une transaction. V. *inf.*, dans ce paragraphe; Favard, v° *Partage*; Toullier, 4, n. 428; Vazeille, sur l'art. 834, n. 2; Poujol, sur le même article, n. 3.]

40 [Néanmoins le partage fait avec un mineur, et lors duquel toutes les formalités prescrites par la loi n'ont pas été observées, devient définitif lorsqu'il a été homologué par un jugement passé en force de chose jugée, Angers, 9 mars 1843, S. V., 43, 2, 348.]

41 [C'est-à-dire un partage de jouissance.]

42 Delvincourt, sur l'art. 840; [Favard, v° *Partage;* Vazeille, sur l'art. 840; Coulon, *Quest. de droit*, 2, p. 247]; Limoges, 27 janv. 1824; [Cass., 24 juin 1839, S. V., 39, 1, 615.] D'autres arrêts refusent ce droit au majeur. V. Lyon, 4 avril 1810; Colmar, 28 avril 1816; Agen, 12 nov. 1823; Cass., 24 juill. 1835, S. V., 36, 2, 238; [Montpellier, 16 août 1842, S. V., 43, 2, 149.] Les partisans de cette dernière opinion s'appuient sur l'art. 1125, § 2: [Chabot, sur l'art. 840, n. 7; Belost Jolimont sur Chabot, *Obs.* 3; Merlin, *Rép.*, v° *Partage provis.*; Malpel, *Success.*, n. 318; Poujol, sur l'art. 840, n. 3.] Une troisième opinion consiste à soutenir que les parties majeures elles-mêmes peuvent demander un nouveau partage, sous cette condition qu'il plaira au tuteur, ou au mineur après la majorité de ce dernier, de convertir le partage provisionnel en un partage définitif,

5° Le tuteur ne peut faire de transactions [43] sur les intérêts du mineur [44] qu'avec l'autorisation du conseil de famille [45], et cette autorisation ne peut lui être donnée que sur l'avis de trois jurisconsultes [46]. Il faut encore, pour la validité de la transaction, qu'elle soit homologuée par le tribunal de première instance, sur les conclusions du ministère public [47], art. 467, 2045.

Il y a enfin certains actes que le tuteur n'est autorisé à faire dans aucun cas. Ainsi, 1° le tuteur ne peut disposer des biens du

Magnin, 3, n. 976.—[Une quatrième opinion distingue entre le partage effectué avec le mineur lui-même et celui effectué avec le tuteur : au premier cas le mineur peut seul attaquer le partage ; les majeurs le peuvent au second, Duranton, 7, n. 179. — Enfin une cinquième opinion qui, selon nous, doit être adoptée, distingue entre le cas où les majeurs en partageant avec le mineur ont entendu faire, en ce qui les concernait, un simple partage provisionnel ou de jouissance, et le cas où ils ont entendu partager la propriété elle-même et faire un partage définitif. S'ils ont entendu que le partage, nécessairement provisionnel quant au mineur, le serait également à leur égard, ils peuvent comme le mineur lui-même demander un partage définitif; si, au contraire, ils ont entendu faire un partage de propriété ou définitif, ils ne peuvent attaquer ce partage ni en demander un nouveau, parce qu'ils avaient toute capacité pour le consentir et le rendre définitif, et qu'ils ne peuvent se prévaloir de l'incapacité du mineur avec lequel ils ont contracté. La difficulté ramenée à ces termes se résout donc en une simple question d'appréciation. V. Marcadé, sur l'art. 466; Demolombe, 7, n. 725.]

[43] Pas même sur une action mobilière, Delvincourt, sur l'art. 467; [Demolombe, 7, n. 747; Marcadé, sur l'art. 467. — Il en était autrement sous l'ancien droit, V. Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 1, n. 3; et Cass., 10 mai 1813.— Au surplus, lorsque le mineur est créancier chirographaire d'un failli, le tuteur peut prendre part au concordat : le concordat n'est pas une transaction ordinaire. Massé, 3, n. 139.]

[44] Cependant, cette règle ne doit pas être étendue *ultra casum suum*, Bordeaux, 27 mars 1833, S. V., 33, 2, 345.—Sur le droit du tuteur de déférer le serment à la partie adverse, V. Delvincourt, sur l'art. 467, qui conteste ce droit en s'appuyant sur la disposition de l'art. 464. [Il faut distinguer : le tuteur qui ne peut acquiescer sur une action immobilière, art. 464, mais qui peut acquiescer sur action mobilière, V. *inf.*, § 222, ne peut dans le premier cas déférer le serment; il le peut dans le second, Carré, n. 515; Duranton, 13, n. 582.—*Contrà*, Toullier, 2, n. 375; Fréminville, 2, n. 779.]

[45] [L'autorisation qui interviendrait après la transaction et alors que les choses ne sont plus entières, n'enlèverait pas au mineur le droit d'attaquer la transaction, Paris, 19 janv. 1810.]

[46] V. Marbeau, *Des transactions*, n. 54 et s. [L'art. 467 porte *de l'avis de trois jurisconsultes*, ce qui veut dire que les trois jurisconsultes doivent être de l'avis de la transaction, et l'approuver; il ne suffit pas qu'ils soient consultés, si l'un d'eux ou tous émettaient une opinion contraire, Demolombe, 7, n. 745. — *Contrà*, Fréminville, 3, n. 753. — Il résulte également de cette disposition que la transaction est nulle si elle n'a pas été précédée de l'avis de trois jurisconsultes : c'est là un préalable nécessaire, Trèves, 18 mars 1812.—*Contrà*, Bousquet, *Conseils de famille*, sur l'art. 467. — Sur le point de savoir si une transaction peut être faite par forme d'expédient, V. *inf.*, note 51.]

[47] Pour les conséquences juridiques qui résultent de l'inobservation de ces formalités, V. Merlin, *Rép.*, v° *Transaction*, § 1, n. 3; Marbeau, n. 58 et. s.; Cass., 26 août 1807; Turin, 29 juil. 1809; Montpellier, 26 août 1815; Aix, 10 fév. 1832, S. V., 33, 2, 106. Les principes de la restitution en entier sont applicables dans cette circonstance, V. ci-après, le titre des *Obligations*. [C'est là un point que nous examinerons plus tard, ainsi que toutes les difficultés qui se rattachent à la nature de la nullité des actes faits par le tuteur ou par le mineur sans l'observation des formalités requises, en traitant des actions en nullité ou en rescision. — Nous nous bornerons à faire observer, quant à présent, que la nullité pour inobservation des formalités d'une transaction homologuée par justice doit être demandée

mineur à titre gratuit [48], arg. art. 457; il n'y a d'exception à cette règle que pour certains cadeaux d'usage ou rémunératoires [49].

2° Le tuteur ne peut contracter, au nom du mineur, des engagements entraînant pour lui l'obligation personnelle d'accomplir certains faits, à moins que le droit de contracter une pareille obligation ne découle pour le tuteur du devoir de veiller à l'éducation ou à l'établissement du pupille, arg. art. 450. V. aussi les principes en matière de mariage.

3° Le tuteur ne peut compromettre [50] sur les biens du mineur, arg. art. 1004 Pr. V. aussi art. 83 même Code; ce qui ne fait pas obstacle à ce qu'une transaction ait lieu dans le cours d'un procès, en observant les formalités indiquées ci-dessus [51].

§ 222. *Du droit et du devoir du tuteur de représenter le mineur en justice.*

Le tuteur représente le mineur non-seulement dans les actes extrajudiciaires, mais aussi en justice. C'est lui, et non le mineur sous

par voie d'action principale et non par voie d'appel du jugement d'homologation; autrement l'homologation, le délai d'appel expiré, suffirait pour couvrir toutes les nullités antérieures, V. Turin, 29 juill. 1809; Aix, 3 fév. 1832, S. V., 33, 2, 307.]

[48] Locré, sur l'art. 457; Sirey, 19, 1, 111. [Même avec l'autorisation du conseil de famille.—Par la même raison, le tuteur ne peut faire remise d'une dette.]

[49] Loi 12, § 3; L. 22, Dig., *De admin. tut.* [Il n'a pas besoin pour cela de l'autorisation du conseil de famille.]

[50] Duranton, 3, n. 597. [Même avec l'autorisation du conseil de famille; pas plus en matière mobilière qu'en matière immobilière.—La clause compromissoire par laquelle il est convenu que les difficultés qui s'élèveront sur l'exécution d'un contrat seront soumises à des arbitres n'est pas obligatoire pour les héritiers mineurs des contractants, Cass., 28 janv. 1839, S. V., 39, 1, 113.—Néanmoins, quand un mineur se trouve intéressé dans une société commerciale contractée par son auteur, les contestations n'en doivent pas moins être portées devant des arbitres forcés, auxquels la loi et non un compromis attribue la connaissance de ces contestations. Seulement, dans ce cas, le tuteur ne pourrait renoncer pour le mineur à la faculté d'appeler du jugement arbitral, parce que pour cela il faudrait un compromis, Massé, 3, n. 135.—Mais si l'auteur du mineur avait, en contractant une société, renoncé à appeler de la sentence des arbitres forcés, cette renonciation serait opposable au mineur, comme si elle était faite à l'occasion du jugement d'un tribunal ordinaire, Paris, 1er mai 1828, et 10 nov. 1835, S. V., 36, 2, 169; Cass., 9 mai 1837, S. V., 37, 1, 369; Paris, 27 avril 1840, S. V., 40, 2, 301; Lyon, 27 mai 1845, S. V., 47, 2, 242; Cass., 7 févr. 1848, S. V., 48, 1, 314; Massé, 3, n. 410; Vatimesnil, *Encycl. du droit*, v° *Arbitr.*, n. 143; Orillard, *Trib. de comm.*, n. 557.]

[51] Toullier, 2, n. 1242. La transaction intervient alors au moyen de jugements auxquels on donne le nom de jugements convenus, passés d'accord, ou par expédient. [Un jugement d'expédient, c'est-à-dire rendu d'accord entre les parties qui y consentent, n'a pas besoin, quand un mineur y est intéressé, d'être précédé des formalités requises pour la validité d'une transaction. Le jugement qui intervient n'est pas un jugement d'homologation d'une transaction, mais un jugement sur procès, rendu, le ministère public entendu, et après vérification des conclusions respectives et contradictoires. Il n'y a là ni compromis, ni transaction, mais décision judiciaire.]

son assistance, qui figure dans toutes les actions civiles, soit comme demandeur, soit comme défendeur[1].

En principe, le tuteur peut actionner et être actionné au lieu et place du mineur, sans avoir besoin de l'autorisation du conseil de famille. Il peut, par exemple, sans l'autorisation du conseil de famille, intenter une action mobilière[2], défendre à une action immobilière, ou en partage[3], arg. art. 464 et 465; et poursuivre l'expropriation des débiteurs du mineur[4], arg. art. 464, 465.

Par exception, le tuteur[5] a besoin de l'autorisation du conseil de famille 1° pour intenter une action immobilière[6];

2° Pour intenter une action intéressant l'état du mineur[7], arg. art. 464;

[1] Cela a lieu même dans une affaire criminelle lorsque la partie civile réclame des dommages-intérêts contre le mineur. Dans ce cas, il faut en même temps mettre en cause le tuteur. Cour d'ass. de la Moselle, 1er août 1829; *id.* du Haut-Rhin, 15 mars 1831, S. V., 32, 2, 182. V. cependant Grenoble, 4 mars 1835, S. V., 35, 2, 308, [et Bourges, 18 août 1838, S. V., 39, 2, 32.—Cette dernière jurisprudence est la meilleure : le mineur habile à se défendre contre l'action publique l'est également à se défendre contre l'action civile qui n'est que l'accessoire de l'action publique, et dont le jugement ne peut pas retarder celui de cette dernière action.]

[2] Les actions possessoires sont mobilières ou immobilières suivant qu'elles s'appliquent à des meubles ou à des immeubles, Delvincourt, sur l'art. 464. Duranton, 3, n. 571, est d'une opinion contraire. Il pense, en s'appuyant sur l'art. 1428, que les actions possessoires sont toujours des actions mobilières. [L'action possessoire peut être considérée comme mobilière, bien qu'elle se rapporte à un immeuble, parce qu'elle a pour objet non le fonds même, mais la jouissance du fonds, ou, ce qui revient au même, des fruits, qui sont meubles. V. Carou, *Act. poss.*, n. 770; Curasson, 2, p. 116.]

[3] Et même aussi à une demande en licitation, [Demolombe, 7, n. 720.]

[4] Bruxelles, 12 nov. 1806. [Sans distinction du cas où la créance du mineur est hypothécaire ou purement chirographaire, parce que dans tous les cas l'action tend au recouvrement d'une créance et est mobilière, Duranton, 21, n. 33. —A plus forte raison le tuteur peut-il sans autorisation défendre à une poursuite d'expropriation forcée dirigée contre le mineur, Paris, 19 fév. 1812; et interjeter appel du jugement qui a exproprié le mineur, Cass., 17 nov. 1813. Voir en ce sens, sur ce dernier point, Chardon, p. 371.]

[5] [Cette règle s'applique à *tous les tuteurs*, même au père et à la mère, Angers, 3 avril 1811; Demolombe, 7, n. 710.]

[6] V. art. 526; Paris, 6 ventôse an XII; Bordeaux, 20 juin 1828; Paris, 23 mars 1831, S. V., 31, 2, 159. [Sur le point de savoir quelles actions sont mobilières ou immobilières, V. *inf.*, le titre de la *Distinction des biens*.]

[7] [Aucune disposition n'assimile les actions intéressant l'état du mineur aux actions immobilières. *Il peut donc les intenter sans avoir besoin de l'autorisation du conseil de famille.—Il* a été également jugé, et avec raison, que le subrogé tuteur d'une femme interdite peut, sans autorisation du conseil de famille, former au nom de cette dernière une action en séparation de corps contre son mari, Paris, 21 août 1841, S. V., 41, 2, 488. V. Demolombe, 7, n. 694.] Le tuteur n'a pas besoin d'autorisation du conseil de famille pour continuer une action immobilière, pour la reprendre ou pour interjeter appel, Duranton, 3, n. 583; Metz, 26 prair. an XIII; Cass., 17 nov. 1813; Nîmes, 2 juill. 1829. [C'est ce qui résulte de la disposition de l'art. 464 qui défend seulement au tuteur *d'introduire* une action, Fréminville, 2, n. 617; Magnin, 2, n. 694; Demolombe, 7, n. 712;—et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer, quant à l'appel, si le tuteur était demandeur ou défendeur en pre-

3° Pour éteindre, soit directement, soit indirectement, une action de l'une ou de l'autre de ces deux espèces dirigée contre le mineur [8], art. 464;

4° Pour introduire une demande en partage [9], art. 465. V. aussi § 221, note 22.

Lorsque l'autorisation du conseil de famille est nécessaire au tuteur pour représenter le mineur en justice, la partie adverse peut demander que cette formalité soit remplie avant toutes choses [10]; mais lorsque l'affaire est jugée, le mineur seul peut attaquer le jugement pour défaut d'autorisation du conseil de famille [11], arg. art. 1125.

mière instance, Demolombe, 7, n. 713. —*Contrà*, en sens divers, Talandier, *De l'appel*, n. 26; Fréminville, 2, n. 619; Toullier, 2, n. 72.—Observons que dans tous les cas où l'autorisation du conseil de famille est nécessaire, la circonstance qu'une action a déjà été intentée par d'autres parties majeures ayant le même intérêt que le mineur ne dispense pas le tuteur d'obtenir l'autorisation du conseil de famille, Orléans, 19 juin 1829; Demolombe, 7, n. 714.—Il n'est pas nécessaire, du reste, que la délibération du conseil de famille, accordant au tuteur l'autorisation d'introduire une action, soit homologuée par le tribunal, Demolombe, 7, n. 711. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 464.]

[8] Delvincourt, sur l'art. 464; Duranton, 5, n. 584; Bruxelles, 23 nov. 1806; Douai, 17 janvier 1820. [Il est constant que le tuteur qui, aux termes de l'art. 464, ne peut acquiescer à une action immobilière, ne peut non plus se désister d'une action de cette nature après l'avoir intentée; et par suite qu'il ne peut, en cette matière, après avoir formé opposition ou interjeté appel, se désister de l'une ou de l'autre. Besançon, 20 mars 1820; Limoges, 22 avril 1839, S. V., 39, 2, 521; Magnin, 1, n. 698; Carré, n. 1452; Fréminville, 2, n. 620; Demolombe, 7, n. 716. —On a prétendu cependant que le tuteur, qui n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour interjeter appel, et qui aurait pu ne pas interjeter appel, peut s'en désister, Agen, 15 déc. 1844, S. V., 45, 2, 229. C'est une erreur : une fois le droit du mineur mis en mouvement, le tuteur ne peut plus y renoncer. Se désister est plus que transiger, et la transaction est défendue au tuteur. V. *sup.*, § 221. Nous pensons même que le tuteur, qui ne peut pas plus transiger sur les demandes mobilières que sur les demandes immobilières, ne peut pas plus se désister d'une demande mobilière ou y acquiescer qu'il ne le pourrait relativement à une demande immobilière, Pau, 9 mai 1834, S. V., 35, 2, 128.— *Contrà*, Chardon, p. 375. — Au surplus, comme, après tout, il ne s'agit pas ici d'une transaction proprement dite, le tuteur peut se désister ou acquiescer avec l'autorisation du conseil de famille, qui lui aurait suffi pour introduire la demande, et cette autorisation n'a pas besoin d'homologation, Demolombe, 7, n. 717. — *Contrà*, Fréminville, 2, n. 619. — Ajoutons, en terminant, qu'un auteur, Chauveau sur Carré, n. 1452, a pensé que le tuteur peut se désister d'une action, même immobilière, toutes les fois que son désistement ne compromet pas le fond du droit et ne se rapporte qu'à l'instance; et que la Cour de cassation a décidé dans un sens analogue, le 21 nov. 1849, S. V., 49, 1, 757, que le tuteur n'a pas besoin de l'autorisation du conseil de famille pour se désister d'une demande qu'il a formée au nom du tuteur sans autorisation, parce qu'un pareil désistement n'éteignait que l'instance et n'emportait aucune renonciation au fond du droit.]

[9] [Sans distinction entre le cas où il s'agit d'un partage de meubles ou d'un partage d'immeubles, Marcadé, sur l'art. 465; Demolombe, 7, n. 720.]

[10] L'autorisation du conseil de famille peut aussi être obtenue dans le cours de l'instance, sans qu'il soit nécessaire de recommencer à nouveau, Bruxelles, 4 juill. 1811; Cass., 24 août 1813; Bourges, 25 janv. 1832, S. V., 32, 2, 556.

[11] Cass., 11 déc. 1810; 4 juin 1818; Bordeaux, 20 juin 1833, S. V., 34, 2, 204; [Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. 5, § 1er. Jugé même que la nullité résultant du défaut d'autorisation ne peut être op-

Le Code de procédure contient encore plusieurs dispositions spéciales relatives aux contestations intéressant les mineurs. V. par exemple : Pr., art. 49, 83, 481 et 484.

§ 223. *Des suites juridiques de l'administration de la tutelle vis-à-vis des tiers.*

De même que les droits acquis par le tuteur au nom du mineur ne lui restent pas en propre, mais reviennent au mineur, de même les obligations que le tuteur contracte ne pèsent pas sur lui, mais sur le mineur seulement[1], art. 1998 : *mandans et mandatarius habentur pro unâ personâ*. Il suit de là que le tuteur ne peut être actionné personnellement, mais seulement comme tuteur, à raison des obligations qu'il a contractées; il suit encore de là qu'après la majorité de celui qu'il a représenté, c'est celui-ci et non le tuteur qui doit être actionné. Ainsi, les frais de procédure auxquels le mineur ou le tuteur, comme tel, a été condamné, ne tombent pas à la charge du tuteur, mais à celle du mineur. Cependant, si le tuteur a agi contre son devoir, ou s'il n'a pas fait connaître sa qualité aux tiers, ou s'il a excédé les limites de ses pouvoirs, V. par exemple § 219, il peut, comme un fondé de pouvoirs le serait dans le même cas, être actionné par des tiers pour des faits de tutelle[2], arg., art. 1997 et 1998, § 2. Le tuteur qui a engagé un procès inconsidérément, ou qui l'a occasionné par un fait contraire à ses devoirs, peut donc être condamné personnellement aux dépens[3], Pr., art. 132.

Les principes sur les devoirs et les droits du tuteur, exposés dans les § qui précèdent, s'appliquent également au père et à la mère chargés d'une tutelle, avec les modifications résultant de leur droit de jouissance légale des biens de leurs enfants.

§ 224. *Des rapports juridiques du tuteur et du mineur en dehors de la tutelle.*

A part les relations qui découlent de la tutelle, le tuteur et le mineur ont, en principe, les mêmes rapports civils que ceux qui existent entre le mineur et les tiers. Ainsi, par exemple, le tuteur peut, en principe, acquérir sur la personne et sur les biens du

posée pour la première fois en appel par la partie condamnée en première instance, Grenoble, 21 juill. 1836, S.V., 37, 2, 471; Cass., 19 janv. 1841, S. V., 41, 1, 426.]

[1] De là la règle : *Factum tutoris factum pupilli*, Bordeaux, 8 déc. 1831, S.V., 32, 2, 565.

[2] V. Delvincourt, 1, p. 292.

[3] Cass., 17 avril 1827; Nîmes, 2 juill. 1829; [Riom, 15 avril 1806; Colmar, 29 août 1816.]

mineur les mêmes droits qu'un tiers, et réciproquement. Il en est encore de même après la cessation de la tutelle ; en d'autres termes, le tuteur et le mineur ne font pas à ce point de vue une seule et même personne. V. § 223.

Cependant, 1° il y a certains actes et certains titres par lesquels le tuteur ne peut jamais acquérir un droit appartenant au mineur ou existant contre lui. Ainsi le tuteur ne peut se rendre acquéreur des biens du mineur, de ses meubles ou de ses immeubles, même aux enchères[1], art. 450, 1596[2]. Il ne peut se faire céder des

[1] C'est à tort que Delvincourt, sur l'art. 1596, étend cette défense tant au subrogé tuteur, dans le cas d'une vente volontaire, qu'au curateur d'un mineur émancipé. Mais elle doit certainement s'appliquer au protuteur et, dans certains cas aussi, au tuteur *ad hoc*. D'autres auteurs, avec la loi 5, C. *De contr. empt. vend.*, exceptent de la défense le cas où les choses du pupille sont vendues sur la poursuite des créanciers, Colmar, 16 fév. 1808; Toulouse, 4 fév. 1825, V. aussi Pailliet, sur l'art. 1596. [Tout ceci demande des explications et des rectifications. — Le subrogé tuteur qui est appelé à assister le mineur dans toutes les ventes volontaires et forcées, pour veiller à ses intérêts, art 452 et 459, et Pr., art. 444 et 962, ne peut en aucun cas se rendre acquéreur des biens du mineur, Lyon, 7 déc. 1821 ; Riom, 23 fév. 1843, S. V., 43, 2. 217; Toulouse, 17 mai 1850, S. V., 50, 2, 504; Magnin, 2, n. 1185; Fréminville, 2, n. 164. — *Contrà*, Riom, 4 avril 1829; Bordeaux, 30 mai 1840, S. V., 40, 2, 196 ; Duranton, 16, n. 134 ; Duvergier, 1, n. 188. — Selon deux auteurs, Delvincourt, *loc. cit.*, et Troplong, *Vente*, n. 187, le subrogé tuteur incapable d'acquérir si la vente est volontaire, devient capable si la vente est forcée. Cette distinction ne nous paraît pas fondée, V. *inf.*, § 225.—Le curateur du mineur émancipé, qui, en cas de vente volontaire, remplit l'office de tuteur et qui l'assiste en justice, art. 482, 483, 484, ne peut non plus se rendre en aucun cas acquéreur des biens du mineur. — *Contrà*, Duranton, 16, n. 135; Duvergier, *loc. cit.* — Troplong, *loc. cit.*, fait encore ici la même distinction que pour le subrogé tuteur, mais sans plus de fondement. — Le conseil judiciaire d'un prodigue, sans l'assistance duquel le prodigue ne peut agir ni procéder, est soumis à la même prohibition. — *Contrà*, Duranton, 16, n. 136; Duvergier, 1, n. 188... sans distinction entre les ventes volontaires et les ventes forcées. — *Contrà*, Troplong, *ibid.* — Le mari cotuteur, qui a toutes les obligations d'un tuteur, ne peut, pas plus qu'un tuteur, se rendre acquéreur des biens appartenant aux enfants mineurs de sa femme, Paris, 28 janv. 1828; Duvergier, 1, n. 188; Fréminville, 1, n. 164. — Quand au protuteur et au tuteur *ad hoc*, qui sont de véritables tuteurs *in parte quâ*, l'art. 450 leur est également applicable.—Relativement au tuteur, l'incapacité prononcée par l'art. 450 est absolue ; il ne peut acheter les biens du mineur ni à l'amiable, ni aux enchères, ni par suite de vente volontaire, ni par suite de vente forcée, Paris, 28 janv. 1826, et 11 déc. 1835; Delvincourt, 1, p. 119; Pigeau, *Proc. civ.*, 2, p. 138; Duranton, 16, n. 133; Duvergier, 1, n. 187; Chauveau sur Carré, n. 2395; Troplong, n. 187; Demolombe, 7, n. 751.— *Contrà*, Colmar, 16 fév. 1808; Thomine, 2, n. 805; Persil, sur la loi du 2 juin 1841, n. 267, qui permettent au tuteur de se rendre acquéreur, lorsque la vente est faite en justice. — Cependant si le tuteur était créancier du mineur, et qu'en cette qualité il poursuivît contre le mineur assisté du subrogé tuteur l'expropriation des biens affectés à sa créance, il pourrait se rendre adjudicataire de ces biens, parce qu'alors il ne serait plus tuteur, mais créancier, et que la tutelle, pour le cas particulier, serait déférée au subrogé tuteur, Toulouse, 4 fév. 1825; Lachaise, 1, n. 371; Chauveau sur Carré, n. 2395; Rogron, sur l'art. 711 Pr. V. Demolombe, 7, n. 753. — Une autre exception doit être faite pour le cas où le tuteur serait copropriétaire par indivis avec le mineur. Il pourrait se rendre adjudicataire sur licitation de la totalité de l'immeuble. La licitation est un mode de partage qu'on ne peut interdire au tuteur ; mais dans cette hypothèse, il devrait faire nommer au mineur un tuteur *ad hoc*, Demolombe, 7, n. 754.]

[2] [Il ne peut non plus prendre à ferme

droits ou des actions appartenant à un tiers contre le mineur, *titulo sive oneroso sive gratuito*[3], art. 450. Il ne peut, sauf le cas où le tuteur est un ascendant[4], recevoir une donation ou être institué légataire du mineur, art. 907. V. aussi art. 911. Dans l'application de cette défense, qui concerne également le protuteur, le tuteur *ad hoc* pour les comptes qu'il a à rendre[5], et le mari de la mère remariée, au cas prévu par l'art. 395[6], mais non le subrogé

les biens du mineur, à moins que le conseil de famille n'ait autorisé le subrogé tuteur à lui en passer bail (art. 450); et cette prohibition est tellement absolue, que le bail des immeubles d'un mineur, consenti au tuteur par un tiers à qui celui-ci les avait antérieurement donnés à ferme, est nul, Bourges, 29 déc. 1842, S. V., 44, 2. 255.]

[3] La défense ne s'applique pas à la *subrogatio in locum creditoris ex lege*, art. 1251, Duranton. 3, n. 603; Magnin, 1, 663; [Marcadé, sur l'art. 450; Demolombe, 7, n. 770: c'est-à-dire si le tuteur avait payé soit comme caution ou codébiteur solidaire du mineur, art. 1250, soit comme créancier hypothécaire du mineur primé par un autre créancier, art. 1251.] Elle ne concerne pas davantage l'*actio negotiorum gestorum*, V. Toullier, 2, n. 1232 et s.; Duranton, 3, n. 604 et s.; [Marcadé et Demolombe, *ubi sup.*: par exemple, si le tuteur, pour être utile au mineur, avait payé sa dette, il devrait, dans ce cas, être remboursé de sa dépense. — La prohibition ne s'applique pas non plus au cas où le tuteur trouverait une créance contre le mineur dans une succession qui lui serait échue, soit *ab intestat*, soit par testament; non plus que dans une donation qui lui serait faite sans fraude. L'art. 450 doit s'entendre des cessions à titre onéreux, Demolombe, 7, n. 760 et s. — Il n'y a pas, au surplus, nullité de la cession si, au moment où elle est faite, la créance n'appartenait plus au mineur, bien que, plus tard, elle pût lui appartenir encore. Ainsi est valable l'acquisition faite par le tuteur de créances sur une succession à laquelle le pupille a régulièrement renoncé; et cette cession ne devient pas nulle, parce que plustard le pupille est revenu sur sa renonciation et a accepté la succession, Nîmes, 20 nov. 1850, S. V. 51, 2, 32.] Quand la cession faite au tuteur est nulle, le cédant ne perd pas son droit de poursuite. En ce qui touche ce dernier point, Delvincourt, sur l'art. 450, est d'une autre opinion; il s'appuie sur la novelle 72, ch. 5. [Il y a plusieurs systèmes sur les effets de la nullité des cessions acceptées par le tuteur contre le pupille; ces systèmes peuvent se résumer ainsi : 1° le mineur ne peut être poursuivi ni par le cédant qui a cessé d'être son créancier, ni par le tuteur cessionnaire qui n'a pas pu le devenir, Toullier, 2, n. 1232; Duranton, 3, n. 600; Marcadé. sur l'art. 450. — 2° La cession n'est nulle qu'entre le cédant et le cessionnaire; et le cédant conserve ses droits contre le mineur, comme si la cession n'avait pas eu lieu : c'est l'opinion adoptée par notre auteur, Valette sur Proudhon, 2, p. 399; Taulier, 2, p. 69. Fréminville, 2, n. 794. — 3° Le mineur a le choix ou de demander la nullité de la cession, de manière à conserver le cédant pour créancier, ou d'accepter la cession comme valable, de manière à avoir son tuteur pour créancier, Demolombe, 7, n. 767. — C'est cette dernière opinion qui paraît préférable. La première est injuste en ce qu'elle a pour résultat de libérer le mineur sans qu'il ait rien payé; la seconde est trop absolue, puisque le mineur, en faveur de qui la nullité est établie, peut avoir intérêt à ne pas s'en prévaloir, et à accepter son tuteur pour créancier. Mais, si le mineur adopte le dernier parti, il doit payer au tuteur l'intégralité de la créance : il ne serait pas libéré par le remboursement du prix de la cession. La loi, dans ce cas, n'admet pas le retrait comme au cas de cession de droits litigieux, Fréminville, 2, n. 795. — *Contrà*, Demolombe, n. 768. — Sauf toutefois des dommages-intérêts que le mineur pourrait répéter contre le tuteur si la cession maintenue ou annulée lui causait quelque préjudice.]

[4] Le beau-père [ou second mari de la mère tutrice], art. 396, n'est pas compris dans cette exception, Metz, 18 janv. 1821.

[5] Ferrière, 3, 1287. — [*Contrà*, en ce qui touche le tuteur *ad hoc*, Marcadé, sur l'art. 907. Mais c'est une erreur : le tuteur *ad hoc* est un véritable tuteur pour l'affaire particulière. — La prohibition s'applique aussi au tuteur officieux, Marcadé, *ibid.*]

[6] [C'est-à-dire le second mari de la mère remariée et qui a perdu la tutelle,

tuteur[7] ni le curateur[8], il faut prendre en considération non l'époque où la donation (s'il s'agit, par exemple, d'une donation conditionnelle), doit recevoir effet, ni l'époque du décès du donateur ou du testateur, mais celle où, soit la donation, soit le testament a été fait[9].

2° A la fin de la tutelle par la majorité ou l'émancipation[10], le pupille ne peut disposer valablement, au profit de son ancien tuteur, avant la reddition du compte de tutelle et avant que ce compte ait été apuré[11], art. 907. V. aussi art. 911. Ce qui a été dit sur l'étendue et l'application de la première prohibition contenue dans l'art. 907 s'applique aussi à la seconde prohibition. Quant aux dispositions qui, après le décès du tuteur, pourraient être faites au profit de ses héritiers, aucune de ces deux prohibitions ne leur est applicable, alors même que ces héritiers auraient encore à rendre le compte de tutelle[12].

3° Tout traité entre l'ancien tuteur[13] et son ex-pupille[14] pour affranchir[15] le tuteur, directement ou indirectement, de l'o-

Limoges, 4 mars 1822; Cass., 14 déc. 1836, S. V., 37, 1, 88; Montpellier, 21 déc. 1837, S. V., 38, 2, 390; Vazeille, sur l'art. 907.—*Contrà*, Nîmes, 16 août 1833, S. V., 34, 2, 117.]

[7] Grenier, 1, n. 308; Delaporte, sur l'art. 907; [Marcadé, sur le même article.] Il faut cependant excepter de ce principe le cas où le subrogé tuteur a pris part à l'administration, Grenoble, 26 juill. 1828.

[8] Delvincourt, sur l'art. 907. Il n'est pas tenu de rendre un compte; la défense ne saurait non plus être étendue au conseil judiciaire. Duranton, 8, n. 200 et s. [Marcadé, sur l'art. 907.]

[9] Ferrière, 3, 1288 et s.; Grenier, 1, 397. Le législateur a pensé que la volonté du disposant n'était pas libre. [D'ailleurs, la capacité pour recevoir par testament doit exister tout à la fois au moment de la confection du testament et au moment du décès du testateur; il ne suffirait pas qu'elle existât au décès du testateur. Par suite, le legs fait par le pupille devenu majeur, à son tuteur, avant la reddition du compte de tutelle, est nul, bien que le compte ait été ultérieurement rendu avant le décès du pupille, Cass., 27 nov. 1848, S. V., 49, 1, 12.—V. la note 11.]

[10] Dalloz, *Jur. gén.*, 1re édit., vo *Disposit. entre vifs*, ch. 2, sect. 5.

[11] Il n'est pas nécessaire que le tuteur ait payé le reliquat du compte, Grenier, 1, n. 304; Pailliet, sur l'art. 907; Duranton, 8, n. 159; Dalloz, vo *Disposit. entre vifs. loc. cit.* [Toullier, 6, n. 65; Marcadé, sur l'art. 907. — Sans distinction entre le cas où le pupille est devenu majeur, et celui où il est encore mineur, Marcadé, *ibid.* — *Contrà*, Coin Delisle, sur l'art. 907, n. 13.—Mais il faut qu'il y ait remise des pièces justificatives, sans quoi le compte ne serait pas apuré, Marcadé, *ibid.*, Coin Delisle, n. 14.—*Contrà*, Duranton, 7, n. 199.]

[12] Grenier, 1, n. 308. [Toutes les incapacités de donner ou de recevoir sont personnelles, art. 902. Mais du vivant du tuteur, toutes libéralités faites à sa femme, Cass., 15 fév. 1827, ou à ses enfants, Cass., 25 juin 1839, S. V., 39, 1, 688, seraient nulles comme faites à personnes interposées.]

[13] Tout ce qui a été dit sur la portée de la disposition de l'art. 907 est applicable au cas actuel.

[14] Qu'il soit majeur ou émancipé. *Par est ratio.—Contrà*, Marbeau, *Des transactions*, n. 67.

[15] Tel est le sens du mot *traité*, dans l'art. 472. V. Marbeau, n 64; Cass., 22 mai 1822. Toute disposition ayant le but prévu dans le texte est nulle. Telles une donation et une constitution de dot, Delvincourt, sur l'art. 472; Duranton, 15, n. 343; Paris, 14 août 1812; Cass., 17 déc. 1828. Par contre, les conventions intervenues entre le tuteur et le mineur, et qui n'ont pas ce but, ne sont pas comprises dans la prohibition de l'article,

bligation de rendre compte est nul relativement au mineur [16], s'il n'est établi par un récépissé que dix jours au moins auparavant le tuteur a présenté un compte de tutelle détaillé, avec les pièces justificatives [17], art. 472, dans le cas, bien entendu, où le mineur a quelque fortune dont il y ait lieu de rendre compte [18]. La nullité d'une convention arrêtée contrairement aux dispositions de l'art. 472 n'est pas couverte par l'exécution volontaire qu'elle a reçue de la part du mineur [19].

ARTICLE 8. — DROITS ET DEVOIRS DU SUBROGÉ TUTEUR.

§ 225. *Attributions du subrogé tuteur. — Sa responsabilité.*

Le subrogé tuteur est chargé :

1° De surveiller l'administration du tuteur et de provoquer les mesures qui peuvent être nécessaires pour sauvegarder les intérêts du mineur [1]. Dans ce but, le conseil de famille peut, sauf le cas où la tutelle est remise au père ou à la mère [2], assujettir le tuteur à remettre au subrogé tuteur, à des époques déterminées, un état de situation de la tutelle, sans néanmoins que le tuteur puisse être astreint à en fournir plus d'un chaque année, V. art. 470. A défaut par le subrogé tuteur d'exercer la surveillance à laquelle il est tenu, il devient passible de dommages-intérêts, mais seulement à raison du préjudice résultant de sa négligence à remplir ses obligations particulières [3].

Duranton, 3, n. 638; Cass., 7 août 1810, 22 mai 1822, 16 mai 1831, S. V., 31, 1, 201. V. cependant Merlin, *Questions*, v° *Tuteur*, § 3; Nîmes, 2 juin 1830. [V., au surplus, *inf.*, § 230.]

[16] Duranton, 3, n. 639; Montpellier, 20 janv. 1830; Paris, 15 déc. 1830. [V. encore *inf.*, § 230.]

[17] La quittance ne peut donc se trouver dans le traité même, Pailliet, sur l'art. 472, V. cependant Paris, 3 janvier 1812.

[18] Paris, 16 mars 1814.

[19] Lyon, 31 déc. 1832, S. V., 32, 2, 173. [Lorsqu'un mineur a eu plusieurs tuteurs, toute libéralité faite au profit de l'un d'eux est nulle s'il n'a pas rendu compte des gestions antérieures à la sienne, alors même que le mineur l'en aurait dispensé, Cass., 25 juin 1839, S. V., 39, 1, 688. — Dans tous les cas, l'incapacité du tuteur cesse lorsque plus de dix ans s'étant écoulés depuis le jour de la majorité du pupille, le tuteur se trouve par là libéré de l'obligation de rendre compte, Colmar, 19 janv. 1842, S. V, 42, 2, 365. V. au surplus, sur l'obligation de rendre compte et les traités qui interviennent entre le mineur et le tuteur, *inf.*, § 230.]

[1] Locré, sur l'art. 420.

[2] Toutefois, dans le cas de l'art. 396, la mère est toujours comprise dans la disposition de l'art. 470, Delvincourt, sur l'art. 470. [Cette opinion est trop absolue : il est plus vrai de dire que le conseil de famille, en conservant la tutelle à la mère qui se remarie, peut lui imposer, ainsi qu'à son second mari, cotuteur, l'obligation de rendre compte de sa gestion au subrogé tuteur, Rouen, 8 août 1827; Agen, 14 déc. 1830; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 25.]

[3] V. sur la responsabilité du subrogé tuteur en général, Toullier, 2, n. 1132 et s. [Le subrogé tuteur est responsable de la négligence qu'il a mise à exiger le compte que le conseil de famille a imposé au tuteur. — Sur la responsabilité générale du subrogé tuteur, V. *inf.*, note 7.]

2° Le subrogé tuteur représente le mineur dans tous les cas où ses intérêts sont en opposition avec ceux du tuteur, V. cependant l'art. 1055; dans les cas, par conséquent, où le mineur et le tuteur doivent être considérés comme parties adverses, par exemple, soit dans les procès que le tuteur peut avoir avec le mineur, soit lorsque le tuteur veut faire une donation au mineur. Le subrogé tuteur est alors soumis à toutes les obligations qui pèseraient sur le tuteur s'il n'avait pas un intérêt contraire. Toutefois, si le tuteur voulait prendre à bail les immeubles du mineur, le subrogé tuteur ne pourrait y consentir qu'après s'être pourvu au préalable de l'autorisation du conseil de famille [4], art. 450. Dans tous ces cas, le subrogé tuteur est soumis à la même responsabilité que le tuteur pour les actes d'administration [5].

3° Enfin le subrogé tuteur est encore soumis à plusieurs obligations spéciales, V. art. 424, 446, 448, 451; V. aussi art. 1442, 452, 459, 453, 2137, 2143; V. également Pr., art. 444 [6]. Le subrogé tuteur qui n'observe pas les prescriptions de ces articles, en tous points et avec le soin qu'elles comportent, est passible de dommages-intérêts envers le mineur [7], arg. art. 424, 1442, 2137.

Du reste, lorsque le subrogé tuteur s'est immiscé dans l'administration de la tutelle, pour obéir à un commandement de la loi, ou en usant de la faculté qui lui est laissée à cet égard, sa responsabilité est la même que celle du tuteur pour les mêmes actes [8].

[4] Cette disposition devra encore être observée si le tuteur, par exemple, veut donner à loyer à un de ses enfants un immeuble du mineur, bien que la présomption d'interposition de personnes établie par l'art. 911 ne soit pas applicable. V. cependant Duranton, 3, n. 587 et s.

[5] [C'est-à-dire que dans tous les cas où il est appelé à remplacer le tuteur, le subrogé tuteur est responsable comme l'eût été le tuteur lui-même. V. *inf.*, note 7.]—Il est, du reste, autorisé à se faire indemniser des dépenses qu'il a faites dans ces divers cas. Le même droit lui appartient encore si, par suite de la négligence du tuteur, il a fait faire aux biens du mineur *impensas necessarias vel utiles*, Cass., 14 juin 1831, S. V., 31, 1, 261.

[6] V. sur cet article, Delvincourt, 1, 205; Montpellier, 19 janv. 1832, S. V., 33, 2, 38.

[7] Maleville, sur l'art. 475; Duranton, 3, n. 522. [Si le subrogé tuteur ne s'est pas conformé à une prescription formelle de la loi, en ne faisant pas un acte déterminé qu'elle lui ordonnait de faire à peine de dommages-intérêts; si, soit en agissant, soit en s'abstenant d'agir, il s'est rendu coupable de dol ou d'une faute tellement manifeste qu'elle dût être assimilée au dol, nul doute qu'il ne doive être déclaré responsable, lors même que la loi ne prononcerait pas contre lui des dommages-intérêts. Mais doit-il être déclaré responsable de la gestion du tuteur, soit dans les cas ordinaires où il est appelé à la surveiller d'une manière générale, soit dans les cas particuliers où sa surveillance est provoquée par la loi d'une manière spéciale? Nous ne le pensons pas. La loi, en prononçant en certains cas des dommages-intérêts contre le subrogé tuteur, art. 424, 1442, 2137, a fait suffisamment comprendre qu'il n'était pas nécessairement responsable dans tous les cas où sa surveillance et son action avaient fait défaut, à moins qu'une circonstance particulière ne fît peser sur lui une responsabilité de droit commun, art. 1382; Paris, 1er mai 1807; Toullier, 2, n. 1138; Chardon, p. 441; Duranton, 3, n. 522; Fréminville, 1, n. 161.]

[8] [C'est ainsi que lorsque le subrogé tuteur s'est immiscé dans la gestion des

ARTICLE 9. — DE LA FIN DE LA TUTELLE.

§ 226. *Généralités.*

Les différentes causes qui mettent fin à la tutelle se rattachent ou à la personne du mineur, ou à celle du tuteur. Au premier cas, la tutelle prend fin d'une manière définitive. V. cependant art. 486. Dans le second cas, un autre tuteur doit remplacer celui dont les fonctions cessent, et c'est au conseil de famille à le nommer. De telle sorte que le tuteur n'est jamais remplacé de plein droit ni par un tuteur légal, ni par le subrogé tuteur[1], art. 419, 424, V. § 209 et 210. Quand il y a lieu à remplacement, le subrogé tuteur est tenu, à peine de dommages-intérêts, de provoquer la nomination d'un nouveau tuteur, art. 424. V. cependant art. 406. Lorsque la mort d'un précédent tuteur est la cause qui rend cette nomination nécessaire, ses héritiers doivent jusqu'à son remplacement, sans acception de sexe[2], et s'ils sont majeurs, continuer à gérer la tutelle[3], art. 419.

§ 227. *Comment la tutelle prend fin dans la personne du mineur, c'est-à-dire d'une manière définitive. — De l'émancipation.*

La tutelle cesse : 1° par la mort naturelle ou civile du mineur[1];

2° Par sa majorité[2];

3° Par l'émancipation.

L'émancipation[3] est l'acte légal par lequel le mineur sort de la puissance du père ou de la mère ou de la puissance du tuteur, soit des deux à la fois, s'il est encore soumis à ces deux puissances, ou de l'une d'elles seulement, s'il n'est soumis qu'à la puissance

affaires du mineur, à l'exclusion du tuteur, il est comptable de sa gestion, comme un véritable tuteur, Paris, 19 avril 1823. Mais alors c'est plutôt en tant que tuteur qu'il est comptable qu'en tant que subrogé tuteur proprement dit.] V. ci-dessus, § 224, note 11.

[1] Même dans le cas où le tuteur est momentanément empêché, le subrogé tuteur ne peut gérer la tutelle.

[2] Pau, 3 mars 1818.

[3] Cette obligation doit être considérée comme une charge de la succession; l'article ne dit pas que cette obligation incombe aux héritiers personnellement et même dans le cas où ils renoncent sans fraude à la succession. [Il est à remarquer, toutefois, que les héritiers du tuteur ne peuvent faire que ce qui est une suite nécessaire de la tutelle : ils ne peuvent rien entreprendre, sauf les actes conservatoires, Marcadé, sur l'art. 419; Demolombe, 8, n. 34.—Les héritiers du tuteur doivent aussi faire connaître son décès au subrogé tuteur, dont les fonctions cessent en même temps que la tutelle, art. 425; Marcadé, *ibid.*]

[1] [V. Demolombe, 8, n. 3.]

[2] V. *sup.*, § 193.

[3] V. sur l'ancien droit, Argou, 1, p. 27; Merlin, *Rép.*, v° *Emancipation*. Le Code a suivi pour cette matière, en grande partie, les principes du droit coutumier. Le droit français ne connaît pas la *venia ætatis*, ou l'émancipation par un acte du gouvernement, V. au Code le titre *De his qui veniam ætatis*, etc.; ni l'*emancipatio ad certum actum*.

paternelle, art. 389, ou à la puissance tutélaire, art. 397, 402. Le mineur émancipé se trouve donc n'être placé ni sous la puissance du père et de la mère, ni sous celle d'un tuteur ; mais si le mineur n'a été soumis antérieurement qu'à la puissance du père ou de la mère, ou à celle du tuteur seulement, l'émancipation l'affranchit et ne peut l'affranchir que de l'une ou de l'autre de ces puissances. L'émancipation peut donc être envisagée sous un double rapport ; mais il ne sera question ici que de ses rapports avec la tutelle : en ce qui touche ses rapports avec la puissance paternelle, V. *sup.*, § 192. Au surplus, le mode, les conditions et les formes de l'émancipation sont les mêmes dans les deux cas.

L'émancipation est expresse ou tacite. La première résulte d'une déclaration formelle des personnes autorisées à émanciper le mineur ; la deuxième résulte du fait du mariage[4] du mineur ou de la mineure, alors même que l'un ou l'autre n'aurait pas encore 15 ans accomplis[5]. L'émancipation est la conséquence immédiate et de plein droit du mariage[6] ; il n'est besoin d'aucune autre condition pour l'opérer, et toute convention qui aurait pour but d'arrêter ou de modifier ce résultat serait sans effet[7], art. 476. V. art. 145. Le mineur ainsi émancipé ne sort pas seulement pour un temps et pendant la durée du mariage, mais bien pour toujours, de la puissance tutélaire ou de la puissance paternelle[8] ; dans le cas où le mariage est déclaré nul, le mineur retombe sous la puissance de laquelle il était sorti[9].

Le droit d'émanciper (et toutes les règles qui vont suivre ne se rapportent qu'à l'émancipation expresse) appartient au père et à la mère[10]. Ils tirent ce droit de la puissance paternelle, arg. art. 478, même lorsque la tutelle ne leur est pas confiée ; ainsi la mère qui s'est remariée, et qui n'a pas été maintenue dans la tutelle, conserve cependant le droit d'émanciper[11]. Pendant la

[4] Elle est d'origine germanique.

[5] Dans le cas où le mineur se serait marié *ex dispensatione ab impedimento ætatis*, Cass., 21 fév. 1821. [Demolombe, 8, n. 185.]

[6] [Soit que le consentement au mariage émane du père ou de la mère, soit qu'il émane des ascendants ou du conseil de famille, Demolombe, 8, n. 183.]

[7] [Demolombe, 8, n. 184.]

[8] Grenier, *Hyp.*, 1, n. 61; Cass., 21 fév. 1821. [En d'autres termes, l'émancipation par mariage est irrévocable et survit à la dissolution du mariage, Toullier, 2, n. 1287; Favard, v° *Émancipation*, § 2, n. 6; Duranton, 3, n. 675; Magnin, 1, n. 790; Demolombe, 8, n. 186. — *Contrà*, Locré, 5, p. 293.]

[9] Mais pendant l'instance en validité du mariage le mineur doit être considéré comme émancipé, Merlin, *Rép.*, v° *Mariage*, sect. 6, § 4; Turin, 14 juillet 1807 ; [Vazeille, *Du mar.*, 1, n. 257 ; Demolombe, 8, n. 187.]

[10] [Le droit d'émanciper leurs enfants appartient aux père et mère naturels, aussi bien qu'aux père et mère légitimes, Limoges, 2 juin 1821 ; Toullier, 2, n. 1287 ; Proudhon, 2, p. 526 ; Duranton, 3, n. 657 ; Marcadé, sur l'art. 477; Chardon, 2, n. 180 ; Demolombe, 8, n. 373.—*Contrà*, Rolland de Villargues n. 302. V. *sup.*, § 171, note 9.]

[11] Locré, sur l'art. 477; Proudhon, 2, n.

vie du père, et tant qu'il est en état d'exercer la puissance paternelle[12], ce droit lui appartient exclusivement[13]. Ce n'est qu'après la mort du père, ou en cas d'empêchement[14], que la mère en est

252; [Duranton, 3, n. 656; Magnin, 1, n. 747; Fréminville, 2, n. 1031; Colmar, 15 juin 1807; Bordeaux, 14 juill. 1838, S. V., 39, 2, 73. — Et il a été jugé que la mère remariée conserve le droit d'émancipation, même lorsque l'enfant serait déjà sous la tutelle d'autrui, Liége, 6 mai 1808; — sans avoir besoin, pour faire cette émancipation, de l'autorisation de son second mari, Fréminville, 2, n. 1031; Demolombe, 8, n. 203. — Des auteurs décident également que le père ou la mère exclus, dispensés ou destitués de la tutelle, peuvent encore émanciper leurs enfants, Duranton, 3, n. 636; Proudhon, 2, p. 552; Locré, sur l'art. 477.] Delvincourt, sur l'art. 477, refuse, au contraire, le droit d'émancipation aux père et mère qui ont été exclus ou destitués de la tutelle, et à la mère, si elle s'est remariée. Dans tous les cas les tribunaux pourraient, par des motifs particuliers, prononcer la nullité de l'émancipation. V. les motifs d'un arrêt de Paris du 1er mai 1813. [C'est là un point fort délicat. Il est certain que la faculté d'émancipation accordée aux père et mère dérive de la puissance paternelle, laquelle est indépendante de la tutelle, et qui doit, par conséquent, s'exercer avec la même plénitude, soit que les père et mère aient conservé la tutelle, soit qu'ils l'aient perdue, par quelque motif que ce soit. Mais est-ce une raison pour laisser le mineur exposé aux abus de pouvoir d'un père ou d'une mère indignes qui, après avoir été destitués de la tutelle, voudraient émanciper leur enfant pour le soustraire à l'autorité légitime et protectrice de son tuteur ? C'est ce qu'on ne peut admettre, et l'enfant doit alors pouvoir chercher un refuge dans les tribunaux qui surveilleront l'exercice du droit d'émancipation, Bordeaux, 7 janv. 1852, S. V., 52, 2, 276; Marcadé, sur l'art. 477; Demante, *Progr.*, 1, p. 271. Toutefois, il faut des causes graves pour que les tribunaux puissent ainsi limiter l'exercice de la puissance paternelle. V. l'arrêt précité de Bordeaux, du 14 juill. 1838, S. V., 39, 2, 73.]

[12] Par exemple, si le père n'est pas interdit ou absent. V. Com., art. 2; V. cependant sur l'usufruit du père, Duranton, 3, n. 555. [Entrons dans quelques explications : si le père est déchu de ses droits de puissance paternelle, Pén., 335, nul doute que la mère qui en est investie n'ait le droit d'émanciper. Mais si le mari est absent ou interdit, ses droits, quant à l'émancipation, passent-ils à la mère dans toute leur plénitude ? Selon les uns, les mots *à défaut du père*, de l'art. 477, doivent s'entendre du cas où le père est mort naturellement ou civilement; l'absent pouvant reparaître, l'interdit recouvrer sa capacité, la mère ne peut faire d'actes définitifs avec une autorité qui peut n'être que temporaire, Toullier, 2, n. 1287; Valette sur Proudhon, 2, p. 425 et s. — Selon d'autres, la mère, en cas d'absence ou d'interdiction du père, ne peut émanciper l'enfant que lorsqu'il a dix-huit ans, et que cette émancipation ne peut porter préjudice à l'usufruit légal du père, Fréminville, 2, n. 1028; ou si elle le peut même avant dix-huit ans, en cas d'absence du père, elle ne le peut avant cet âge, en cas d'interdiction, Marcadé, sur l'art. 477. D'autres enfin reconnaissent à la mère le droit d'émancipation, mais ils ne veulent pas que cette émancipation puisse porter atteinte à l'usufruit légal du père, dans le cas où soit l'absence, soit l'interdiction, viendraient à cesser, Duranton, 3, n. 655. — Toutes ces distinctions nous paraissent arbitraires. L'art. 477 investit la mère du droit d'émancipation, à *défaut du père*, c'est-à-dire non-seulement quand le père est mort, mais aussi quand un obstacle légal l'empêche de pouvoir manifester sa volonté. D'ailleurs l'émancipation a lieu surtout dans l'intérêt de l'enfant; et cet intérêt ne peut rester en souffrance quand le père est absent ou interdit. La mère doit donc avoir alors la plénitude du droit d'émancipation, Demolombe, 8, n. 210 et s. Nous ne ferions même aucune distinction entre l'absence présumée et l'absence déclarée.]

[13] Ce droit lui est acquis et il peut l'exercer sans le consentement de la mère, alors même que le mariage est dissous par le divorce, Paris, 1er mai 1813; [ou après une séparation de corps prononcée contre lui, Demolombe, 8, n. 200. — *Contrà*, Delvincourt, 1, p. 125, note 4.]

[14] [V. *sup.*, la note 12.]

investie. Le père et la mère peuvent émanciper leur enfant dès qu'il a atteint sa quinzième année. L'émancipation s'opère par la seule déclaration du père ou de la mère devant le juge de paix [15], assisté de son greffier [16], art. 477. Il est dressé procès-verbal de cette déclaration [17].

Si le père et la mère n'existent plus, ou ne sont plus en état de manifester leur volonté [18], le mineur peut être émancipé lorsqu'il a accompli sa dix-huitième année [19], et sur l'avis favorable du conseil de famille [20]. Le conseil de famille est convoqué à cet effet, ou par le tuteur, ou à son défaut, soit à la requête d'un ou de plusieurs parents ou alliés du mineur jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, soit même à la requête du mineur [21]. Le juge de paix doit faire droit à cette réquisition ; et si le conseil de famille regarde le mineur comme mûr pour l'émancipation [22] et accorde l'autorisation nécessaire, l'émancipation a lieu à la même séance [23] par la déclaration du juge de paix, en sa qualité de président du conseil de famille, que le mineur est émancipé [24], art. 478 et 479.

[15] [Du domicile du mineur. Le juge de paix ne peut se refuser à recevoir la déclaration d'émancipation, Trib. de la Seine, 2 août 1836, S. V., 39, 2, 73, note 2 ; Demolombe, 8, n. 199. V. *sup.*, note 11.]

[16] [L'*emancipatio per testamentum* n'est pas admise par le Code. L'émancipation ne peut avoir lieu non plus par acte notarié, Demolombe, 8, n. 196. V. Fenet, 10, p. 364. La déclaration d'émancipation peut être faite par un fondé de pouvoir spécial et authentique du père ou de la mère, Fréminville, 2, n. 1030 ; Demolombe, 8, n. 197.]

[17] Les créanciers des père et mère ont-ils le droit d'attaquer l'émancipation ? V. art. 1167. Merlin, *Quest.*, v° *Usufruit paternel*, § 1, se prononce pour l'affirmative ; Toullier, 6, n. 368, pour la négative. La question devrait se décider par analogie d'après l'art. 788, § 2. [V. *sup.*, § 189, note 21.]

[18] [Marcadé, sur l'art. 478 ; Demolombe, 8, n. 223 et s. Autrement l'émancipation deviendrait impossible si l'on s'en tenait à la lettre de l'art. 478. V. *sup.*, note 12.]

[19] Le mineur qui, à la mort de ses père et mère, a 18 ans révolus, doit être émancipé sans qu'il soit nécessaire de lui donner un tuteur, Locré, sur l'art. 479 ; [Demolombe, 8, n. 212.]

[20] [Cet avis, favorable ou défavorable, n'est susceptible d'aucun recours, Taulier, 1, p. 89 ; Demolombe, 8, n. 215.]

[21] Proudhon, 2, n. 253 ; Toullier, 2, n. 1290. Delvincourt, sur l'art. 479, est d'une autre opinion. [Cette dernière opinion nous paraît la meilleure : l'art. 479 est conçu en termes essentiellement limitatifs.] — Favard, v° *Emancipation*, § 1, n. 3, pense qu'en matière d'émancipation le juge de paix, et même le ministère public, ont le droit de convoquer le conseil de famille. [Nous ne saurions non plus admettre cette opinion, contraire au texte comme à l'esprit de l'art. 479, qui est de faire de l'émancipation une affaire de famille que l'autorité publique doit surveiller, mais qu'elle ne peut provoquer, Duranton, 3, n. 661 et s.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 479; Demolombe, 8, n. 219 et s.]

[22] Sur les motifs qui peuvent faire refuser l'émancipation, V. Paris, 26 therm. an IX.

[23] C'est en cela que consiste l'acte qui prouve l'émancipation. V. cependant art. 46, et *sup.*, § 81. [Toutefois, des présomptions précises, graves et concordantes sont admissibles pour prouver le fait de l'émancipation, quand les registres qui en contiennent l'acte sont perdus, Cass., 27 janv. 1819.]

[24] La loi ne demande pas pour l'émancipation le consentement du mineur. Les tribunaux doivent cependant apprécier les causes de son opposition.

Il sera parlé ultérieurement, en traitant de la curatelle, des conséquences juridiques de l'émancipation autres que la cessation de la puissance paternelle ou tutélaire.

Le droit français a des dispositions spéciales : 1° relativement à l'émancipation des enfants élevés dans les établissements publics de bienfaisance, L. 5 pluv. an XIII ; 2° relativement aux mineurs émancipés qui font le commerce ou qui veulent entreprendre des opérations commerciales, Com., art. 2 et 3[25].

§ 228. *Comment la tutelle prend fin dans la personne du tuteur.*

La tutelle prend fin dans la personne du tuteur :

1° Par sa mort naturelle ou civile, art. 419 et 25 ;

2° Lorsque le tuteur se trouve dans l'impossibilité, à raison d'une infirmité d'esprit qui lui est survenue, de continuer la tutelle[1], ou que son administration antérieure démontre son incapacité, art. 442, n. 2, art. 444, n. 2. Les dispositions des art. 446 et s. sur la procédure à suivre pour la destitution d'un tuteur, V. *inf.*, dans ce paragraphe, sont applicables au cas où il s'agit d'éloigner le tuteur de la tutelle, comme incapable[2] ;

3° Lorsque la tutelle est considérée comme abandonnée par l'absence du tuteur[3], art. 424. V. art. 141-143, et *sup.*, § 107.

4° Par la destitution du tuteur pour cause d'indignité. La destitution a lieu de plein droit, lorsque le tuteur est condamné à une peine afflictive ou infamante, art. 443. Elle a lieu par l'effet du jugement qui le déclare, à titre de peine, incapable de gérer une tutelle quelconque, V. § 70 et 212. Elle a lieu enfin par une délibération du conseil de famille, quand il y a inconduite notoire de la part du tuteur, ou infidélité[4], art. 444. V. aussi art. 421.

[25] [V. sur ce point, Massé, 3, n. 83 et s.]

[1] Le tuteur de l'interdit n'est pas de plein droit le tuteur du pupille de l'interdit.

[2] Locré, sur l'art. 446.

[3] De Moly, *Des absents*, n. 196 et s. [D'après cet auteur, l'absence déclarée met seule fin à la tutelle. Cela est vrai quand il s'agit de la tutelle du père ou de la mère qui est régie par les dispositions des art. 141, 142 et 143, V. *sup.*, § 107 ; mais non quand il s'agit de la tutelle des ascendants ou de la tutelle dative. Dans ce cas, il suffit de la présomption d'absence pour que la tutelle doive être considérée comme vacante, et pour qu'il y ait lieu de procéder au remplacement du tuteur, Demolombe, 2, n. 330.]

[4] La tutelle peut être enlevée au père et à la mère pour inconduite notoire ou infidélité, Toulouse, 18 mai 1832, S. V., 32, 2, 470 ; [Besançon, 4 août 1808 ; Riom, 4 fruct. an XII ; Toulouse, 23 nov. 1830 ; Duranton, 3, n. 451 ; Demolombe, 7, n. 495.] Et encore pour ce même motif on peut enlever au père et à la mère (au père même pendant le mariage) l'administration de la fortune de l'enfant, avec cette réserve que l'indignité du père et de la mère relativement à l'administration de la tutelle doit s'apprécier plutôt par les principes qui règlent la perte de la puissance paternelle, Paris, 29 août 1844. V. cependant art.

Dans tous les cas où il existe une cause de destitution, le juge de paix peut d'office convoquer le conseil de famille. Si la convocation est requise soit par le subrogé tuteur (comme il est toujours de son devoir de le faire), soit par un ou plusieurs parents ou alliés du mineur jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, le juge de paix doit y faire droit, art. 446[5].

Le subrogé tuteur a voix délibérative, s'il est membre du conseil de famille, alors même que la destitution est provoquée par lui[6]. Dans tous les cas, il doit être invité à y assister[7].

Le conseil de famille ne peut pas prononcer la destitution du tuteur sans l'avoir entendu ou sans l'avoir sommé de comparaître[8]. La résolution doit être motivée[9], art. 447.

Si le tuteur destitué adhère à la destitution[10], il en est fait mention expresse au procès-verbal[11], et le nouveau tuteur entre immédiatement en fonctions. Dans le cas contraire, le subrogé tuteur, ou, s'il y a négligence de sa part[12], arg. art. 887 Pr., un des

395. [V. aussi sur cette question, *sup.*, § 207, note 17.]

[5] Les parents et alliés du mineur ont le droit dans ce cas de provoquer la convocation du conseil de famille, sans qu'il soit nécessaire, pour légitimer cette action, que le subrogé tuteur soit négligent. [Il y a un arrêt de la Cour de Montpellier, du 9 prair. an XIII, qui semble contraire, mais qui ne doit pas faire autorité. — Le ministère public n'a pas qualité pour requérir la convocation du conseil de famille, à l'effet de délibérer s'il y a lieu à la destitution d'un tuteur. V. *sup.*, § 202, note 7.]

[6] Delvincourt, sur l'art. 446; Rennes, 14 fév. 1810; Rouen, 17 nov. 1810; [Toullier, 2, n. 1135; Magnin, 1, n. 418; Demolombe, 7, n. 377. — *Contrà*, Marchant, liv. 2, n. 13.—Il en est de même du juge de paix qui peut voter quoiqu'il ait d'office convoqué le conseil de famille, *mêmes autorités.* — Décidé d'une manière plus générale que celui qui a provoqué la destitution d'un tuteur peut valablement faire partie du conseil de famille, s'il réunit d'ailleurs les conditions voulues, Cass., 12 mai 1830.]

[7] [Nous ne voyons pas sur quoi peut se fonder cette décision. Ceux qui ne font pas partie du conseil de famille ne peuvent y être appelés même avec voix consultative.]

[8] La convocation doit, suivant les cas, venir du juge de paix ou de celui qui poursuit la destitution du tuteur.

[9] Le cas de l'art. 395 n'est pas compris sous cette disposition, Cass., 17 nov. 1813; [Merlin, *Rép.*, v° *Motifs de jug.*, n. 20. De même, la délibération du conseil de famille qui, au cas de séparation de corps, attribue à la mère, à l'exclusion du père, la garde des enfants, n'a pas besoin d'être motivée, Paris, 11 déc. 1821.]

[10] C'est-à-dire si le tuteur adhère à la délibération. — Le silence du tuteur présent à la délibération équivaut à une adhésion, arg. art. 438; Bruxelles, 18 juill. 1810. — [Nous pensons qu'en règle générale le silence du tuteur ne peut être pris pour une adhésion; il peut, en gardant le silence, vouloir se réserver le temps de la réflexion. V. cependant, Demolombe, 7, n. 506; et Cass., 14 juin 1842, S. V., 42, 1, 742.] — Le conseil de famille doit procéder immédiatement à la nomination du nouveau tuteur, Delvincourt, sur l'art. 448. —[Soit que le tuteur adhère, soit qu'il n'adhère pas, il doit aussi immédiatement après nommer un subrogé tuteur s'il n'en existe pas, art. 422.]

[11] Le procès-verbal doit, pour plus de sûreté, être signé par le tuteur, Locré, sur l'art. 448 et s.; [Demolombe, 7, n. 503.]

[12] Orléans, 9 prairial an XII. [Les art. 887 et s. Pr. ont dérogé en ce point au Code Nap., Demolombe, 7, n. 503. — *Contrà*, Nîmes, 8 juill. 1834, S. V., 35, 2, 198. V. Marcadé, sur l'art. 449. — Dans tous les cas, le tuteur nouvellement nommé ne peut en cette qualité poursuivre lui-même l'homologation de la délibération qui le

membres du conseil de famille poursuit devant le tribunal l'homologation de la délibération [13]. C'est également devant le tribunal que le tuteur doit faire valoir ses moyens contre la délibération [14], art. 448 et 449. La condamnation aux dépens se règle d'après l'art. 441 [15]. V. § 216.

Pendant le litige, l'administration de la tutelle reste à l'ancien tuteur, à moins que le tribunal n'ait pris à cet égard des mesures provisoires [16].

La tutelle prend fin dans la personne du tuteur, 5° si pendant la tutelle il survient un motif d'excuse autorisant le tuteur à se décharger de la tutelle. V. art. 427, 428 et 431; V. aussi art. 433 et 434, et *sup.*, § 215. Le tuteur qui veut se prévaloir, dans de pareilles circonstances, d'un motif d'excuse, doit faire convoquer le conseil de famille pour statuer sur cette excuse. V. aussi art. 440 et 441. La demande de convocation doit dans ce cas être faite dans le délai d'un mois à partir de la survenance du motif d'excuse ou de la connaissance qu'en a eue le tuteur [17].

Le tuteur qui, à raison de services, d'emplois ou de missions, s'est fait décharger d'une tutelle, peut être appelé à la reprendre à l'expiration de ses fonctions, services et missions, mais seulement sur sa demande ou sur celle du tuteur qui l'a remplacé [18], art. 431.

nomme, puisque jusqu'à cette homologation il est sans pouvoir, Bruxelles, 12 déc. 1830. — Jugé cependant qu'il peut intervenir dans l'instance d'homologation, quoiqu'il n'ait pas fait partie du conseil, Angers, 29 mars 1811.]

[13] [Le subrogé tuteur qui poursuit l'homologation doit sur cette demande mettre en cause le tuteur destitué, alors surtout que ce dernier a, par acte extrajudiciaire, déclaré s'opposer à l'homologation, Demolombe, 7, n. 503.]

[14] Sur la procédure, V. Toullier, 2, n. 1178; [Nîmes, 8 juill. 1834.] Le Code Napoléon doit, pour cela, servir de règle. Le Code de proc., art. 882 et s., n'est pas applicable. C'est donc contre le subrogé tuteur et non contre les membres du conseil de famille qui ont pris part à la délibération que le tuteur doit agir pour s'opposer à leur résolution, art. 448, § 3; Pr., art. 883; Duranton, 3, n. 476; [Liège, 17 mars 1831, S. V., 34, 2, 118; Montpellier, 3 déc. 1841, S. V., 42, 2, 27; Demolombe, 7, n. 504; Marcadé, sur l'art. 449.] Toullier, *loc. cit.*, est d'une opinion contraire. — [Jugé que le tuteur ne peut attaquer, pour cause d'irrégularité, la délibération qui a prononcé sa destitution, s'il y a assisté et n'a pas réclamé, Bruxelles, 18 juin 1810. — Jugé aussi que le tuteur destitué doit se pourvoir par la voie de l'appel, et non par la voie de l'opposition, contre le jugement qui homologue la délibération, bien qu'il n'y ait pas été partie, Nîmes, 8 juill. 1834, S. V., 35, 2, 198. Nous avons vu *sup.*, note 13, qu'il devait être mis en cause.]

[15] Duranton, 3, n. 515. [Nous pensons, au contraire, que l'art. 441 pose une règle exceptionnelle qui ne peut être étendue, et que dès lors les membres du conseil de famille qui n'étaient pas en cause sur la demande d'homologation ne peuvent en aucun cas être condamnés aux dépens, Demolombe, 7, n. 505.]

[16] Delvincourt, sur l'art. 448. V. Pr., art. 135; [Demolombe, 7, n. 507.]

[17] Le délai doit être observé à peine de déchéance du motif d'excuse, Locré, sur l'art. 431. Dans les autres cas les motifs d'excuse peuvent être invoqués en tout temps. [C'est-à-dire dans les cas prévus par les art. 427 et 428.]

[18] Maleville, sur l'art. 431. Faut-il par analogie appliquer cette disposition, si la cause de destitution vient à disparaître? [Non, puisque d'après l'art. 442, celui qui a été exclu ou destitué d'une tutelle ne peut être membre d'un

§ 229. *Suite.—De certains cas particuliers dans lesquels il y a lieu de remplacer le tuteur.*

Si la mère[1] tutrice de ses enfants veut se remarier, elle doit, avant tout, convoquer le conseil de famille pour qu'il décide si la tutelle lui sera conservée. Faute de le faire, la mère tutrice perd de plein droit la tutelle ; tous les actes qu'elle passe en cette qualité, postérieurement au mariage, sont frappés de nullité[2] ; le nouveau mari est solidairement responsable des dommages qui peuvent résulter pour le mineur de cette indue gestion[3] ; et bien que cette responsabilité solidaire ne confère pas au mineur une hypothèque légale sur les immeubles du second mari[4], il conserve du

conseil de famille, Demolombe, 7, n. 510. —V. cependant Besançon, 18 déc. 1806 et 10 avril 1811.]

[1] Le père qui se remarie conserve néanmoins la tutelle de ses enfants issus du précédent mariage. V. Discuss. sur l'art. 395. [Demolombe, 7, n. 116; Marcadé, sur l'art. 395. — Il a été jugé que l'art. 395 s'applique à la mère tutrice de son enfant naturel, Cass., 31 août 1815. C'est une erreur : l'article ne s'applique qu'à la mère qui veut se *remarier*. Sur la nature de la tutelle des enfants naturels, V. *sup.*, § 195, note 3.]

[2] *En cette qualité :* ainsi ce qu'elle a fait peut être maintenu pour d'autres raisons, par exemple, *ex capite negotiorum gestionis*, Turin, 25 juin 1810; Limoges, 17 juillet 1822; Cass., 28 mai 1823. [Il nous paraît plus exact de dire que les actes faits par la mère déchue de la tutelle ne sont nuls que dans l'intérêt du mineur, et que les tiers ne peuvent jamais se prévaloir contre lui de cette nullité, Duranton, 3, n. 426; Marcadé, sur l'art. 395; Demolombe, 7, n. 120 et s.—La mère conserve dans tous les cas, et jusqu'à son remplacement, le droit de faire les actes conservatoires, Arrêt précité de Limoges.]

[3] La responsabilité du second mari n'est pas bornée aux choses que la mère a faites ou laissé faire depuis son nouveau mariage; elle s'étend rétroactivement à l'administration de la tutelle avant le second mariage, Observation du Tribunat sur l'art. 395; Grenier, *Des hypoth.*, 1, n. 280; Duranton, 3, n. 426; Nîmes, 30 nov. 1831, S. V., 32, 2, 139; Colmar, 26 nov. 1833, S. V., 34, 2, 231. [Marcadé, sur l'art. 395; Troplong, *Hyp.*, n. 426; Magnin, 1, n. 457; Fréminville, 1, n. 50. — Nous ne saurions admettre cette opinion, dont l'injustice exorbitante ne trouve son excuse dans aucun texte. L'art. 395 déclare le nouveau mari responsable de *toutes les suites de la tutelle que la mère aura indûment conservée*. Or, quelle est la tutelle que la mère aura indûment conservée ? Est-ce la tutelle antérieure à son second mariage ? Non, car avant ce second mariage elle ne la conservait pas à vrai dire, et surtout elle ne la *conservait pas indûment*. La tutelle que la mère a conservée indûment est donc celle qu'elle a continué d'exercer malgré la déchéance résultant de son nouveau mariage ; c'est par conséquent uniquement des suites de cette tutelle que le mari doit répondre, parce qu'il peut être légalement présumé n'être pas resté étranger à sa gestion, Demolombe, 7, n. 126 et s.]

[4] Delvincourt, sur l'art. 395 ; Duranton, 3, n. 246 ; [Marcadé, sur l'art. 396 ; Valette sur Proudhon, 2, p. 290 ; Bugnet sur Pothier, 9, p. 452.] Dans le sens contraire, Persil, *Reg. hyp.*, sur l'art. 1235, n. 2 ; Grenier, *Des hyp.*, 1, n. 280 ; Troplong, *Des priv. et hyp.*, 2, n. 246 ; [Magnin, 1, n. 457 ; Chardon, n. 14 ; Demolombe, 7, n. 128.] V. aussi, Nîmes, 30 nov. 1831, S. V., 32, 2, 139 ; Colmar, 26 nov. 1833, S. V., 34, 2, 231. — Ces deux arrêts confirment la dernière opinion. [V. dans le même sens, Paris, 28 déc. 1822; Poitiers, 28 déc. 1824; Cass., 22 nov. 1836, S. V., 37, 1, 83. Cette dernière opinion est la meilleure. Le mari, obligé solidairement avec la femme des suites de son indue gestion, doit être obligé comme la femme, dont il est le cotuteur de fait ; et si la tutelle de fait, conservée par la femme, l'oblige hypothécairement, elle doit obliger le mari de la même manière.]

moins son hypothèque légale sur les immeubles de sa mère [5], à raison de cette prolongation de la tutelle.

Si la mère a déféré au vœu de la loi en provoquant la réunion du conseil de famille, et si elle a été maintenue par lui dans la tutelle, elle a nécessairement son second mari pour cotuteur, et celui-ci devient solidairement responsable de l'administration de la tutelle, à partir du jour de la célébration du mariage [6].

Le conseil de famille peut conférer la tutelle à la mère qui se remarie, alors même qu'elle aurait perdu la tutelle légale par une des causes précédemment indiquées [7], art. 395 et 396.

Enfin, la tutelle officieuse fait passer de plein droit la tutelle ordinaire au tuteur officieux, art. 365.

§ 230. *Des droits et des devoirs du tuteur à la fin de la tutelle.*

A la fin de la tutelle [1], le tuteur [2], ses héritiers ou ses représentants doivent présenter le compte de l'administration de la tutelle au mineur, à ses héritiers, ou à ses représentants, ou au nouveau tuteur, et, dans ce dernier cas, en présence du subrogé tuteur [3], art. 469. Le tuteur ne peut être affranchi de cette obligation que relativement aux biens pour lesquels il peut être dispensé de faire faire inventaire [4].

[5] Grenier, 1, n. 280; [Troplong, *Priv. et hyp.*, n. 426; Marcadé, sur l'art. 395; Demolombe, 7, n. 124; Cass., 15 déc. 1825.]

[6] Par suite, si ce cotuteur est destitué, la mère perd aussi la tutelle, Delvincourt, sur l'art. 396; Bruxelles, 18 juill. 1810. V. pour les rapports des deux époux, relativement à l'administration de cette tutelle, Angers, 13 frim. an XIV; Bruxelles, 27 avril 1826.—[*Quid*, si la séparation de corps vient à être prononcée entre les époux? La séparation de corps ne fait cesser par elle-même ni la tutelle de la mère, ni la tutelle du mari; mais elle permet au conseil de famille, en destituant soit la tutrice, soit le cotuteur, art. 444, de mettre fin à une tutelle que l'un ou l'autre des époux est devenu indigne de conserver, V. Demolombe, 7, n. 139 bis.]

[7] Discussion sur l'art. 395; Duranton, 3, n. 427; [Delvincourt, 1, p. 427, note 8; Chardon, *Puiss. pat.*, p. 58; Demolombe, 7, n. 130.] Pau, 30 juill. 1807; Metz, 20 avril 1820. [Et dans ce cas encore on doit donner à la mère son mari pour cotuteur, puisque, sauf l'accomplissement des formalités prescrites par l'art. 395, elle se trouve dans le cas de l'art. 396, Demolombe, 7, n. 131.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 442.]

[1] Le compte du tuteur ne doit être rendu qu'à la fin de la tutelle. V. cependant l'art. 470. [C'est-à-dire à la fin de la gestion de chacun des tuteurs dont un mineur a été successivement pourvu. Toutefois, lorsqu'un mineur a été pourvu successivement de plusieurs tuteurs, c'est le dernier seul qui doit rendre compte au mineur devenu majeur; les tuteurs antérieurs doivent rendre leur compte au tuteur qui leur succède, Rennes, 10 mai 1824; Bourges, 15 mars 1826; Bordeaux, 1er fév. 1828; Cass., 25 juin 1839, S. V., 39, 1, 688.]

[2] [Légitime, testamentaire, ou datif.]

[3] V. Locré, sur l'art. 469.

[4] Maleville, sur l'art. 469. V. ci-dessus, § 219. [Nous croyons, au contraire, que le tuteur ne peut, en aucun cas et sous aucun prétexte, être dispensé de rendre compte, soit qu'il y ait dispense d'inventaire, en supposant cette dispense possible, V. *sup.*, § 219, note 7, soit qu'il y ait legs au tuteur du reliquat de compte: la dispense d'inventaire, bien qu'elle fasse disparaître les garanties de

L'obligation de rendre compte est imposée à tous ceux qui ont administré, même momentanément, la tutelle[5], art. 394, 395, 419, 440.

Le compte de tutelle peut, dans tous les cas, même dans le cas où l'ancien tuteur est remplacé par un nouveau, être rendu soit judiciairement, soit extrajudiciairement[6]. Les frais qui en résultent sont à la charge du mineur, sauf toutefois ceux provenant des procès motivés par le retard apporté à rendre le compte ou par les contestations qu'il soulève ; auquel cas, la condamnation aux dépens est réglée d'après le droit commun, art. 471 ; Pr., art. 130, 131[7].

Ce qui a été dit dans les paragraphes précédents sur les devoirs du tuteur suffit pour montrer quels sont les éléments qui doivent composer le compte de tutelle[8] ; ainsi, par exemple, le tuteur est autorisé à porter en compte toutes les dépenses qu'il justifie[9]

la sincérité du compte, n'est pas l'affranchissement de toutes les règles de la comptabilité et de l'administration ; et le legs du reliquat suppose un reliquat qui doit être contradictoirement fixé, Marcadé, sur l'art. 469 ; Demolombe, 8, n. 38 et s. — Un tuteur ne peut même être dispensé par les juges de rendre compte de sa tutelle, sous prétexte que ses registres seraient perdus, Cass., 14 janv. 1835, S. V., 35, 1, 479.]

[5] [En d'autres termes, le compte est dû non-seulement par le tuteur de droit, mais encore par le tuteur de fait, Demolombe, 8, n. 36 ; Riom, 24 avril 1827.]

[6] Merlin, *Rép.*, v° *Compte* ; Duranton, 3, n. 615. Pour l'opinion contraire, Maleville, sur l'art. 473 ; Toullier, 2, n. 1248 et s. ; mais seulement en ce qui concerne le cas où le compte doit être rendu au nouveau tuteur. En effet, le nouveau tuteur, qui s'est contenté d'une reddition de compte extrajudiciaire, est responsable des irrégularités qui eussent pu être constatées sur les comptes du tuteur précédent, Bourges, 25 mai 1826 et Bordeaux, 1er fév. 1828. [Nous croyons que dans tous les cas, lors même que le compte est rendu à un mineur, il suffit d'un compte amiable ou extrajudiciaire ; s'il s'agit d'un mineur émancipé, il peut recevoir le compte avec l'assistance de son curateur, art. 480, ce qui exclut l'idée d'un compte judiciaire ; s'il s'agit du compte à rendre par un tuteur auquel succède un nouveau tuteur, aucune disposition légale n'oblige le nouveau tuteur à mettre le mineur en dépense des frais d'un compte judiciaire, quand aucune contestation ne s'élève sur le compte amiable ; Marcadé, sur l'art. 471 ; Demolombe, 8, n. 55.]

[7] Toullier, 2, 1251. [Notre auteur est ici trop absolu ; l'art. 471, en mettant les frais du compte à la charge du mineur, ne parle que du compte rendu au mineur devenu majeur ou émancipé, c'est-à-dire du compte définitif. Il ne parle pas des comptes de tutelle rendus nécessaires par la retraite, le décès ou la destitution d'un tuteur. Or, dans ce cas, il est évident que si le compte doit être à la charge du mineur quand le changement de tuteur a lieu par la retraite ou le décès du tuteur, parce que la tutelle est établie dans l'intérêt du mineur, il en doit être autrement quand le tuteur est destitué, parce que le compte devient alors la conséquence de la faute qu'il a commise, Demolombe, 8, n. 103 ; Marcadé, sur l'art. 471. — Il est bien évident, au surplus, que dans tous les cas, lorsqu'à la suite de contestations, le compte devient judiciaire, les dépens doivent être supportés par la partie qui succombe.]

[8] V. sur le compte et sur la procédure à suivre, s'il est rendu en justice, l'art. 473 ; Pr., art. 527 et s., Merlin, *Rép.*, v° *Compte* ; Pigeau, 2, p. 380 ; Proudhon, 2, p. 256 ; Toullier, 2, n. 1252 et s. ; Duranton, 3, n. 610 et s. ; Bruxelles, 25 août 1810. [Notons, en ce qui touche la procédure du compte, que c'est aux tribunaux seuls qu'il appartient de statuer sur les contestations qu'il soulève, et non au conseil de famille, Turin, 5 mai 1810.]

[9] On ne demande pas une justification rigoureuse, Maleville et Locré, sur l'art.

avoir faites pour les besoins ou dans l'intérêt du mineur[10], art. 471; mais il n'y a pas lieu à lui accorder d'honoraires, ou indemnité pour ses peines[11], sauf le cas où cette indemnité lui a été léguée par testament, arg. art. 471.

Le tuteur, obligé de rendre compte, l'est également de restituer en même temps au mineur les choses qui lui appartiennent. Il doit aussi le reliquat du compte qui porte, de plein droit, intérêt à partir du jour de la clôture du compte[12], art. 474, V. cep. Pr., art. 462; sans préjudice des intérêts que le tuteur peut devoir, soit par suite d'autres dispositions spéciales de la loi, art. 455, soit d'après le droit commun[13]. Ce qui est dû au tuteur par le mineur ne porte intérêts qu'après la reddition du compte, et à partir de la mise en demeure, art. 474[14].

Toute action que le mineur, ses héritiers ou ayants cause[15] pourraient avoir à diriger contre le tuteur à raison de l'administration de la tutelle, est prescrite par dix ans à partir du jour de la majorité, art. 475, ou de la mort du mineur[16]; et cette pres-

474; [Demolombe, 8, n. 116; Marcadé, sur l'art. 471.]

10 Duranton, 3, n. 629 et s.; L. 3, § 7, Dig., *De contrah. tut. act.*, et l'art. 454; Bordeaux, 24 janv. 1835; Lyon, 16 févr. 1835, S. V., 35, 2, 288 et 310; [V. Demolombe, 8, n. 111 et s.; Toullier, 2, n. 1209; Magnin, 1, n. 679; Chardon, p. 361; Troplong, *Hyp.*, n. 730 *bis*.] — Il en serait ainsi alors même que les dépenses excéderaient les revenus du mineur, Paris, 19 avril 1823.

11 *Tutela est munus publicum*, Pailliet, sur l'art. 471; [Demolombe, 8, n. 115; mais il doit être remboursé de toutes les dépenses personnelles occasionnées par la gestion de la tutelle, par exemple, de ses frais de voyage. Pothier, *Des personnes*, part. 1, tit. 6, art. 6; Demolombe, 8, n. 114.]

12 [Cependant les sommes dont un tuteur de bonne foi est reconnu débiteur sur une demande en rectification du compte de tutelle par lui rendu, ne produisent intérêts que du jour de la demande en rectification, et non du jour même du compte, Douai, 19 juin 1833, S. V., 35, 2, 369; mais il en serait autrement si le tuteur était de mauvaise foi, Demolombe, 8, n. 141 et s.—Du reste, la règle qui fait courir les intérêts du reliquat à partir de la clôture du compte n'est relative qu'au compte amiable; si le compte est judiciaire, les intérêts courent à partir de la demande en reddition de compte, Pau, 3 mars 1818; Demolombe, 8, n. 136.]

13 Delvincourt, sur l'art. 474. [V. la note qui précède.]

14 [Mais une demande en justice n'est pas nécessaire : une simple sommation suffit, Demolombe, 8, n. 134.]

15 Les actions du tuteur contre le mineur, qu'elles proviennent de l'administration de la tutelle ou de toute autre cause, se prescrivent de la manière accoutumée, Duranton, 3, n. 647; [Marcadé, sur l'art. 475; Demolombe, 8, n. 175.] — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 475; Toullier, 2, n. 1279; Vazeille, *Presc.*, n. 536; Favard, vº *Tutelle*, § 10, n. 6. Ces auteurs pensent que *l'actio tutelæ contraria* se prescrit par dix ans. [Cette dernière opinion ne doit pas être suivie : l'art. 475, qui fait une exception à la durée ordinaire de la prescription, parle de l'action du mineur contre le tuteur, et non de l'action du tuteur contre le mineur.]

16 *Ob paritatem rationis*, Duranton, 3, n. 644; Bourges, 1er fév. 1827. [La prescription doit courir du jour où le mineur ou ses héritiers ont pu agir. Comme dans les cas ordinaires le mineur ne peut agir qu'à sa majorité, la loi prend la majorité pour point de départ. Mais s'il vient à décéder, rien n'empêchant ses héritiers majeurs d'agir (quant aux héritiers mineurs, V. *inf.*, le titre des *Obligations*, sur l'art. 1304), c'est son décès qui servira de point de départ à

cription n'est pas interrompue par la convention que, après la tutelle, et avant la reddition du compte, le mineur aurait faite avec son tuteur contrairement à la disposition de l'art. 472[17].

Ne sont pas comprises dans les dispositions de l'art. 475 relatives à la prescription :

1° Les actions contre un curateur ou un conseil judiciaire[18];

2° Celles qu'un mineur peut avoir à exercer contre son tuteur, en dehors de la tutelle[19];

3° Celles qui, bien que provenant de l'administration de la tutelle, sont cependant relatives à des obligations reconnues par le

la prescription, qu'il n'y aurait aucune raison juridique pour suspendre jusqu'au moment où le mineur décédé aurait atteint sa majorité, Demolombe, 8, n. 153 et 154; mais réciproquement comme en cas de décès, destitution ou retraite du tuteur, le mineur n'a pas la capacité suffisante pour agir contre lui, il en résulte que dans cette hypothèse la prescription ne court au profit du tuteur que du jour de la majorité du pupille, Demolombe, 8, n. 151. — Quant au mineur émancipé, il nous semble qu'il faut distinguer si l'action est mobilière ou si elle est immobilière; si elle est mobilière, le mineur émancipé a pu agir et dès lors la prescription court du jour de son émancipation; si elle est immobilière, il n'a pu agir, et dès lors la prescription ne court qu'à partir de sa majorité, V. Cass., 10 janv. 1821; Demolombe, 8, n. 152.]

[17] Maleville, sur l'art. 475; Favard, v° *Tutelle*, § 10, n. 6. — *Contrà*, Toullier, n. 1278; Vazeille, n. 539. Ces auteurs pensent que la prescription décennale ne court que du jour où la transaction a été conclue. Une troisième opinion limite le principe établi dans le paragraphe au cas où une transaction conclue contrairement à la disposition de l'art. 472 peut être attaquée, abstraction faite de ces dispositions, c'est-à-dire pour une autre raison, par exemple pour cause de dol, *ex capite doli*. En conséquence de cette opinion, la prescription décennale de l'action en nullité de la transaction ne court, dans un pareil cas, que *à die transactionis initæ*. V. art. 1304, § 2; Cass., 26 juill. 1819, 14 nov. 1820, 10 janv. 1821; V. aussi 10 fév. 1830. Dans cette dernière affaire, l'acte rectificatif du compte de tutelle était attaqué *ex capite doli*. [La question est de savoir, lorsqu'avant la reddition du compte il intervient un traité entre le mineur devenu majeur, et le tuteur, quelle sera la prescription opposable à l'action du mineur pour faits de tutelle; si ce sera la prescription de l'art. 475, qui part du jour de la majorité, ou la prescription de l'art. 1304, qui ne peut commencer qu'après la conclusion du traité : cette question est des plus délicates. Toutefois, nous croyons qu'elle peut être résolue par une distinction indiquée par Demolombe, 8, n. 169, entre l'action en nullité du traité intervenu en contravention à l'art. 472, laquelle serait prescriptible par dix ans, conformément à l'art. 1304, et les actions pour faits de la tutelle, dont la prescription commencerait toujours à courir du jour de la majorité; de telle sorte que la nullité prononcée du traité intervenu contrairement à l'art. 472 ne rouvrirait pas au mineur devenu majeur le délai fixé par l'art. 475 pour l'exercice des actions relatives aux faits de la tutelle; le traité disparaîtrait, mais les droits et actions du mineur n'en seraient pas augmentés, et ils resteraient tels qu'ils auraient toujours été si aucun traité n'était intervenu entre lui et son tuteur. De cette manière, les deux prescriptions des art. 475 et 1304 s'appliquant à des faits de nature différente, resteraient indépendantes l'une de l'autre, et s'accompliraient chacune de leur côté, sans que jamais l'une pût interrompre ou suspendre l'autre, Cass., 1er mai 1850, S. V., 50, 1, 542.]

[18] L'ordonnance de 1667, tit. 19, art. 1er, comprenait le curateur et les mandataires sous la même disposition; mais *exceptio a jure communi est strictissimæ interpretationis*.

[19] Duranton, 3, n. 645; [Marcadé, sur l'art. 475; Demolombe, 8, n. 156. — Mais, par contre, elle s'applique à tous les faits relatifs à la tutelle, et non pas seulement aux méfaits, ou faits dommageables commis par le tuteur, Demolombe, 8, n. 157.]

tuteur depuis la tutelle, V. art. 2274, ou converties en engagements nouveaux par l'effet d'une novation[20];

4° Enfin, suivant quelques auteurs, mais peut-être à tort, les actions relatives à la rectification d'erreurs ou omissions dans le compte de tutelle. V. Pr., art. 541[21].

ARTICLE 10. — DE LA CESSATION DES FONCTIONS DU SUBROGÉ TUTEUR.

§ 231. *Quand cesse la subrogée tutelle. — Remplacement du subrogé tuteur.*

Lorsque la tutelle s'éteint d'une manière définitive, la subrogée tutelle s'éteint également, art. 425. S'il s'agit simplement d'un changement de tuteur, l'ancien subrogé tuteur reste en fonctions. V. cependant § 213.

Le droit et le devoir de gérer la subrogée tutelle s'éteignent dans les mêmes cas que le droit et le devoir de gérer la tutelle. V. § 227 et 228.

Le tuteur est tenu de faire nommer un nouveau subrogé tuteur à la place de celui qui est décédé ou qui, pour une autre cause, est éloigné de ses fonctions, arg. art. 421. Mais il n'est pas autorisé à provoquer sa destitution, et il n'a, dans aucun cas, voix délibérative dans le conseil de famille réuni pour prononcer sur ce point, art. 426[1].

[20] Toullier, 2, n. 1276; Duranton, 3, n. 643; Delvincourt, sur l'art. 475; [Demolombe, 8, n. 159. Ainsi et spécialement, l'obligation contractée par le tuteur dans l'arrêté de compte de payer le reliquat de ce compte, ne se prescrit que par trente ans, Toullier, 2, n. 1276; Proudhon, 2, p. 246; Magnin, 1, n. 736; Marcadé, sur l'art. 475; Demolombe, 8, n. 158]

[21] Toullier, 2, n. 1277; Metz, 10 juill. 1821; [Chabot, *Questions transit.*, v° *Compte de tutelle*, p. 94; Chardon, p. 417. — *Contrà*, Vazeille, *Prescr.*, n. 578; Magnin, 1, n. 737; Poitiers, 20 août 1850. S. V., 51, 2, 168. — C'est encore là une question qu'on ne peut résoudre d'une manière générale et absolue. Nous croyons qu'il y a lieu de suivre une distinction proposée par Marcadé sur l'art. 475, et adoptée par Demolombe, 8, n. 162, entre le cas où l'action en révision du compte est fondée sur une erreur de calcul ou un double emploi, et le cas où cette action est fondée sur une omission ou sur un faux. Dans le premier cas, il s'agit d'une demande qui prend sa source dans le compte lui-même et uniquement dans le compte; elle doit dès lors durer trente ans à partir de l'arrêté de compte. Dans le second cas, l'action prend sa source moins dans le compte lui-même que dans les faits de la tutelle, puisqu'il s'agit d'établir qu'une somme non comprise dans le compte aurait dû y être comprise, ou qu'une somme comprise dans le compte n'y a été introduite qu'à l'aide d'un faux; et c'est par conséquent la prescription de l'art. 475 qui doit être appliquée.]

[1] Il n'y a pas en principe d'incompatibilité entre les fonctions de tuteur et celles de membre du conseil de famille. Cette incompatibilité ne commence qu'au moment où le tuteur soit en cette qualité, soit personnellement, se trouve en opposition avec le conseil de famille, arg. art. 426 qui prévoit un cas de cette nature. V. § 201.

SECTION II. — DE LA TUTELLE DES INTERDITS.

§ 232. *Des différentes sortes d'interdiction.*

L'interdiction est ou légale ou judiciaire. L'interdiction légale frappe les condamnés aux peines afflictives ou infamantes dont parle l'art. 29 du Code pénal. L'interdiction judiciaire est prononcée par les tribunaux civils. Il n'est question ici que de l'interdiction judiciaire. Sur l'interdiction légale, V. *sup.*, § 70.

§ 233. *Qui doit et qui peut être frappé d'interdiction.*

Il y a lieu d'interdire le majeur qui est dans un état habituel, quoique présentant des intervalles lucides, d'imbécillité, de démence ou de fureur, si cet état est tel que son intelligence soit affaiblie ou troublée au point de ne pas lui permettre de veiller à ses propres affaires[1], art. 489. Les mêmes raisons peuvent motiver l'interdiction d'un mineur pour le faire rester en tutelle, même après sa majorité accomplie. V. aussi art. 174, 175. En tout cas, la sollicitude particulière que le tuteur d'un interdit doit apporter dans les soins que son état réclame, art. 410, sera également un devoir pour le tuteur du mineur, si ce dernier est faible d'esprit ou frappé d'aliénation mentale. Il suit de là que l'interdiction d'un mineur n'a, dans la pratique, d'intérêt que lorsque le mineur approche de l'âge de la majorité[2].

[1] Angers, 10 prair. an XIII; Cass., 6 déc. 1831, S. V., 32, 2, 210; [Trib. de la Seine, 30 août 1817. Il résulte de ces décisions que la démence, l'imbécillité ou la fureur, sont les seules causes légales d'interdiction, et que la faiblesse d'esprit, la fausseté du raisonnement, les opinions bizarres, ne suffisent pas pour que l'interdiction puisse être prononcée. V. Demolombe, 8, n. 419. — La monomanie, ou folie partielle, est-elle une cause d'interdiction ? C'est là une question de fait qui dépend du point de savoir jusqu'à quel point la monomanie affecte les facultés générales, V. Demolombe, 8, n. 422. — Une infirmité physique ne peut à elle seule être une cause d'interdiction. Ainsi, les sourds-muets de naissance, même ceux qui n'ont reçu aucune éducation, ne doivent être interdits qu'autant que, par leur infirmité, ils seraient réduits à un état habituel d'imbécillité, Lyon, 14 janv. 1812; Toulouse, 18 déc. 1839; Rouen, 18 mai 1842, S. V., 42, 2, 524; Merlin, *Rép.*, v° *Sourd-muet*, n. 1; Rolland de Villargues, *Rép. du not.*, n. 2; Magnin, 1, n. 580; Demolombe, 8, n. 437 et s. — V. Sacaze, *De la folie dans ses rapports avec la capacité civile*, *Rev. de législ.*, 1850, t. 2, p. 207 et s.; t. 3, p. 228 et s., et 1851, t. 1, p. 143 et s. — Il faut, dans tous les cas, que l'état d'imbécillité, de démence ou de fureur, soit habituel; mais cet état habituel n'a pas besoin d'être déclaré d'une manière explicite par le jugement d'interdiction. Il résulte implicitement et suffisamment de la déclaration que l'individu dont l'interdiction est poursuivie est dans un état de démence qui le rend incapable de gouverner sa personne et ses biens, Cass., 21 nov. 1848, S. V., 48, 1, 677.]

[2] Locré et Delvincourt, sur l'art. 489; Proudhon, 2, 313, 333; Toullier, 2, n. 1314; [Duranton, 2, n. 716; Proudhon, 2, p. 313; Favard, v° *Interd.*, § 1, n. 3; Magnin, 1, n. 824 et s.; Marcadé, sur l'art. 489; Demolombe, 8, n. 440 et s.; Massé, 3, n. 146]; Metz, 30 août 1823; Dijon, 24 avril 1830. [Observons toutefois que l'interdiction du mineur peut avoir de

L'interdiction ne peut résulter de causes autres que celles qui viennent d'être indiquées [3]. Nul ne peut s'assimiler par contrat à un interdit [4], ou provoquer lui-même son interdiction [5]. Il en est de même pour la nomination d'un conseil judiciaire [6].

§ 234. *Qui peut provoquer l'interdiction.* — *Procédure.*

L'interdiction est prononcée par les tribunaux, sur la poursuite de ceux que la loi autorise à la provoquer [1].

Le droit de provoquer l'interdiction appartient, d'après la loi, aux parents [2] en général, sans égard à la ligne et au degré de parenté [3];

l'intérêt même pour le temps où il est mineur, s'il est furieux ; et, s'il est simplement imbécile ou en démence, pour l'empêcher de se marier, de disposer par testament et de pouvoir faire le commerce. V. Massé, *loc. cit.*]

[3] Colmar, 2 prair. an XIII ; Trib. de la Seine, 30 août 1817. [V. *sup.*, note 1.]

[4] Cass., 7 sept. 1808 ; [Marcadé, sur l'art. 490 ; Demolombe, 8, n. 471.]

[5] Merlin, *Rép.*, v° *Interdiction*, § 3, n. 3, [et v° *Prodigue*, § 8 ; Favard, v° *Interd.*, § 1, n. 4 ; Delvincourt, 1, p. 480 ; Duranton, 3, n. 724 ; Demolombe, 8, n. 472 et s.; Toullier, 2, n. 1373. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 490. — Nous ne partageons pas cette dernière opinion : il n'est pas plus permis à un individu de contracter en justice sur son interdiction, que de contracter extrajudiciairement. — Aussi a-t-il été jugé qu'on ne peut valablement acquiescer à un jugement rendu en matière d'interdiction, Poitiers, 5 août 1831, S. V., 32, 2, 205 ; Delvincourt, 1, p. 480. — Il a été jugé, il est vrai, que l'acte par lequel un interdit déclare se désister de l'appel qu'il avait d'abord interjeté du jugement prononçant son interdiction, est valable et efficace, Bordeaux, 3 juill. 1829 ; mais cette décision ne doit pas être suivie, Chauveau sur Carré, n. 3031 *bis*.]

[6] [Demolombe, 8, n. 474. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1373.]

[1] Relativement à l'interdiction des princes de la famille impériale, V. le statut du 30 mars 1805, tit. 5, art. 23, [et le décret du 25 juin 1853. — Sur l'administration des biens des personnes placées dans les établissements d'aliénés, V. la loi du 30 juin 1838, art. 29 et s.]

[2] Mais non aux alliés, Toullier, 2, n. 1317 ; [Duranton, 7, n. 718 ; Magnin, 1, n. 830] ; Paris, 25 mai 1835, S. V., 35, 2, 342 ; [Metz, 14 mars 1843 ; S. V., 43, 2, 524.] V. cependant Delvincourt, sur l'art. 490. [Selon cet auteur, les alliés peuvent provoquer l'interdiction de leur allié, pourvu que l'affinité subsiste encore. Mais cette distinction ne doit pas être admise. L'art. 490, essentiellement limitatif, ne parle que des parents. — Il suit de là que le donataire ne peut poursuivre en cette qualité l'interdiction du donateur, ni le créancier celle de son débiteur ; que les parents qui poursuivent l'interdiction ne sont pas tenus de mettre en cause le donataire ou les créanciers de celui dont l'interdiction est poursuivie, Riom, 9 janv. 1808 ; et que ceux-ci ne sont recevables ni à intervenir dans l'instance, Grenoble, 9 déc. 1847, S. V., 48, 2, 204 ; ni à former tierce opposition au jugement, Poitiers, 1er fév. 1842, S. V., 43, 2, 294. — V. Demolombe, 8, n. 475 et s.]

[3] Ce droit appartient aussi aux enfants de celui qui est à interdire, Toullier, 2, n. 1315 ; [*Demolombe*, 8, *n.* 449. — Réciproquement le père a le droit de provoquer l'interdiction de ses enfants ; même de ses enfants mineurs, dont il est l'administrateur légal, Limoges, 20 janv. 1842, S. V., 42, 2, 423] — Le *tuteur* peut, au nom du mineur, provoquer l'interdiction d'un parent de celui-ci, Bruxelles, 15 mai 1807 et 3 août 1808 ; [Douai, 29 nov. 1848, S. V., 49, 2, 538 ; Duranton, 3, n. 719 ; Magnin, 1, n. 732 ; Demolombe, 8, n. 450 et s.] — Delvincourt, sur l'art. 490, exige, mais sans fondement, que le mineur soit l'héritier présomptif de la personne à interdire. [Le tuteur de l'interdit a le même droit au nom de l'interdit, Demolombe, *ibid.* — Remarquons que le tuteur de l'interdit ou du mineur n'a point besoin pour agir de l'autorisation du conseil de famille, Demolombe, 8, n. 454. — *Contrà*, Taulier,

au conjoint[4], art. 490 ; enfin au ministère public, mais seulement[5] dans les deux cas suivants : 1° s'il s'agit d'un furieux dont l'interdiction n'est poursuivie ni par son conjoint ni par ses parents[6]; 2° s'il s'agit d'un fou ou d'un imbécile qui n'a ni conjoint ni parents connus[7]. Au premier cas, c'est même un devoir pour le procureur impérial de provoquer l'interdiction[8], art. 491.

La demande en interdiction est portée devant le tribunal de première instance dans le ressort duquel la personne à interdire a son domicile, art. 492[9]. La procédure doit être dirigée contre cette personne même[10]. Celui qui poursuit l'interdiction doit, dans une requête présentée au tribunal, énoncer les faits[11] sur lesquels repose sa demande et y joindre en même temps les pièces justificatives[12] et les noms des témoins[13]. Le conseil de famille

2, p. 104.] De même aussi le parent étranger a le droit de poursuivre l'interdiction, Dalloz, v° *Interdiction*, sect. 1, art. 2.

[4] Tant que le mariage subsiste. [Si donc le divorce avait été prononcé, même pendant l'instance en interdiction, cette instance ne pourrait plus être poursuivie, Cass., 24 vend. an XII. — Mais la séparation de corps ne serait pas un obstacle à ce que l'un des époux provoquât l'interdiction de l'autre, Duranton, 3, n. 720; Demolombe, 8, n. 456 et 457. — La femme qui veut provoquer l'interdiction de son mari a d'ailleurs besoin de l'autorisation de la justice, art. 215; et si c'est l'interdiction de la femme qui est poursuivie par un autre que par son mari, elle a pareillement besoin, pour y défendre, de l'autorisation de son mari ou de la justice, Demolombe, 8, n. 459 et 460; Marcadé, sur l'art. 490.]

[5] Locré, sur l'art. 491; Nîmes, 27 janv. 1808; Besançon, 25 août 1810.

[6] [Sur le droit des préfets d'ordonner d'office le placement dans un établissement d'aliénés de toute personne interdite ou non interdite dont l'aliénation compromettrait l'ordre public ou la sûreté des personnes, V. la loi du 30 juin 1838, art. 18.]

[7] Si celui dont on poursuit l'interdiction prétend qu'il a encore des parents, *cui incumbit probatio?* Au ministère public. V. Cass., 7 août 1826.

[8] La poursuite en interdiction est une faculté et non un devoir pour les parents et pour l'époux, Dalloz, *loc. cit.*

[9] [Cass., 23 juill. 1840, S. V., 40, 1, 959; Toullier, 2, n. 1319; Duranton, 3, n. 725; Carré, n. 3913; Chauveau sur Carré, *ibid.*; Thomines, 2, p. 506; Demolombe, 8, n. 482.—C'est donc à tort que la Cour de Bordeaux a jugé, le 20 germ. an XIII, que lorsqu'une femme a quitté le domicile conjugal la demande en interdiction formée contre elle doit être portée devant le tribunal de sa résidence, comme plus à portée de vérifier les faits de démence ou d'imbécillité. Le domicile de fait ne peut remplacer le domicile de droit que lorsque celui-ci n'est pas connu. — Il n'y a pas lieu non plus de suivre un arrêt de la Cour de cassation du 24 déc. 1838, S. V., 39, 1, 49, qui juge que l'interdiction d'un individu pour fureur peut être provoquée par le procureur impérial du lieu où réside cet individu. Il ne s'agit pas ici d'un délit attributif de compétence au juge du lieu où il a été commis.—*Contrà*, Carré, n. 3013. — Il est à remarquer, au surplus, que si l'interdiction ne peut être prononcée que par les tribunaux civils, ce n'est pas une raison pour que les tribunaux criminels ne puissent pas juger la question de démence à l'effet d'apprécier la moralité du délit ou de son auteur; mais la décision rendue au criminel n'aura aucune autorité au civil, Merlin, *Rép.*, v° *Démence*, § 2.]

[10] V. Delvincourt, sur l'art. 492; [Demolombe, 8, n. 481.]

[11] [Faute d'indication des faits, la demande doit être écartée, Rennes, 16 août 1838, S. V., 39, 2, 284.—Il en est de même si les faits articulés ne sont pas pertinents, Cass., 6 janv. 1829; Carré, n. 3014; Chauveau sur Carré, *ibid.*]

[12] [La requête n'est pas nulle faute de production des pièces justificatives : elles peuvent toujours être produites au cours de l'instance, Rennes, 6 janv. 1814; Chauveau sur Carré, n. 3013 *bis*.]

[13] [Si les noms des témoins n'étaient

est ensuite appelé à donner son avis[14]. La personne à interdire est interrogée une ou plusieurs fois, soit dans la chambre du conseil du tribunal, soit à son domicile par un juge commis à cet effet[15]; et, immédiatement après l'interrogatoire, le tribunal peut nommer au défendeur un administrateur chargé à la fois de ses biens et de sa personne[16]. L'instruction terminée, le tribunal peut, toutefois

pas indiqués, nous croyons qu'il n'y aurait pas nullité et qu'ils pourraient l'être plus tard. — *Contrà*, Rennes, 16 août 1838, S. V, 39, 2, 284.]

[14] Le conseil de famille est convoqué en la manière accoutumée, Aix, 19 mars 1835, S. V., 35, 2, 478. [C'est donc à tort qu'il a été jugé par la Cour de Paris, le 15 mai 1813, que le conseil de famille peut s'assembler devant le président du tribunal en la chambre du conseil, et qu'il n'est pas nécessaire qu'il soit convoqué et présidé par le juge de paix. — Quant à la composition du conseil de famille, elle doit être la même que dans les cas ordinaires, et on ne peut spécialement le composer d'amis, quand il y a des parents dans la distance légale, Cass., 19 avril 1850, S. V., 50, 1, 644. — Alors même que ces parents auraient intérêt à ce que l'interdiction fût ou ne fût pas prononcée, Caen, 15 janv. 1811. — On ne doit donc pas plus en cette matière qu'en toute autre laisser au juge de paix le pouvoir de composer discrétionnairement le conseil de famille, Demolombe, 8, n. 493. — *Contrà*, Duranton, 3, n. 729; — ni décider que lorsque des amis ont été appelés au lieu de parents, il y a présomption légale que les parents ont eu des motifs suffisants pour s'abstenir, ou le juge de paix pour les récuser. — *Contrà*, Aix, 19 mars 1835, S. V., 35, 2, 478.] — La personne à interdire ne doit pas être citée à comparaître devant le conseil de famille, [Aix, 19 mars 1835, S. V., 35, 2, 478; c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être nécessairement citée; mais le conseil de famille a la faculté de l'appeler dans son sein, de l'interroger et de l'entendre, Demolombe, 8, n. 498.] V. encore, sur la composition du conseil de famille, l'art. 495, et sur cet article, Proudhon, 2, p. 317; Cass., 13 mars 1833, S. V., 33, 1, 257; et Rouen, 30 nov. 1836, S. V., 37, 2, 88. — [Aux termes de l'art. 495, ceux qui auront provoqué l'interdiction ne pourront faire partie du conseil de famille, à l'exception de l'époux et des enfants de la personne dont l'interdiction sera provoquée, qui pourront y être admis avec voix *consultative*; d'où la conséquence que si l'époux ou les enfants n'ont pas eux-mêmes provoqué l'interdiction, ils peuvent faire partie du conseil avec voix *délibérative*. C'est ce que décident les deux arrêts précités. V. en ce sens, Delvincourt, 1, p. 323; Duranton, 3, n. 729; Demolombe, 8, n. 499 et s.; Marcadé, sur l'art. 495. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1322; Locré, 5, p. 335; Favard, *Rép.*, v° *Interdiction*; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 215.]

[15] [Le défaut d'interrogatoire n'est pas une cause de nullité quand c'est par la faute du défendeur qu'il n'a pas eu lieu. Cass., 4 juill. 1838, S. V., 38, 2, 654. — Dans tous les cas, il n'est pas nécessaire que les tribunaux attendent qu'il ait été procédé à l'interrogatoire pour rejeter la demande : ils peuvent la rejeter dès l'abord et lors de la présentation de la requête à fin d'interdiction, ou même après l'avis du conseil de famille, si cet avis leur paraît décisif, Demolombe, 8, n. 502; Demante, *Progr.*, 1, n. 492. — *Contrà*, Orléans, 26 fév. 1819; Duranton, 3, n. 734; Chardon, n. 217. — Ni le demandeur ni son avoué n'ont le droit d'assister à l'interrogatoire; cependant leur présence, si elle était tolérée par le tribunal, ne serait pas une cause de nullité de la procédure. V. Carré et Chauveau sur Carré, n. 3023.]

[16] Sur les pouvoirs de cet administrateur, V. Bruxelles, 30 août 1806; Paris, 5 mars 1829. Le défendeur à l'interdiction n'a pas d'hypothèque légale sur les immeubles de cet administrateur, Montpellier, 14 janv. 1823; [Cass., 27 avril 1824.] Peut-il, en vertu du jugement qui nomme un administrateur, prendre inscription sur les biens de ce dernier? La question a été résolue affirmativement. V. Paris, 12 déc. 1833, S. V., 34, 2, 103. [Nous croyons, contrairement à cet arrêt, que le défendeur à l'interdiction n'a pas plus d'hypothèque judiciaire que d'hypothèque légale sur les biens de son administrateur provisoire. Le jugement qui nomme un administrateur provisoire ne prononce contre lui aucune condamnation : l'hypothèque judiciaire, dans ce cas, serait une hypothèque légale déguisée.]

à la charge d'appel, ou repousser complétement la demande, ou prononcer l'interdiction, ou seulement nommer au défendeur un conseil judiciaire. V. ci-après, § 248 et s., art. 493-509[17].

Le jugement qui prononce l'interdiction ou qui nomme un conseil judiciaire doit être porté à la connaissance du public dans le délai et de la manière fixés par l'art. 501, au moyen d'affiches[18]. Mais l'inobservation des dispositions de l'art. 501 n'a pas pour effet de détruire ou d'ajourner[19] les effets du jugement d'interdiction, qui commencent[20] du jour même où il a été prononcé, art. 502.

§ 235. *Gestion de la tutelle des interdits.*

L'interdit est assimilé par la loi au mineur[1], sous le double rapport de sa personne et de ses biens. Aussitôt que le jugement prononçant l'interdiction a acquis force de chose jugée[2], il faut pour-

[17] On ne parle ici qu'incidemment de la marche à suivre en matière d'interdiction. Elle se rattache à la procédure. V. art 515, et Pr., art. 890 et s.; Proudhon, 2, p. 316; Pigeau, 2, p. 452; Toullier, 2, n. 1310; Duranton, 3, n. 726; Favard, v° *Interdiction*, sect. 1, art. 3.

[18] V. Locré et Delvincourt, sur l'art. 501. La liste de ces jugements est affichée dans les salles d'audience des tribunaux et dans les études de notaires, L. du 25 vent. an XI, art. 18.

[19] L'art. 501 ne contient qu'une disposition réglementaire. Ce n'est pas une condition de la validité du jugement. V. Merlin, *Questions*, v° *Tableau des interdits*, § 1; Delvincourt, sur l'art. 511; Toullier, 2, n. 1384; Duranton, *loc. cit.*; Turin, 4 janv. 1812. V. en sens contraire, Maleville, sur l'art. 501; Cass., 16 juin 1810; Turin, 20 janv. 1810. [On doit décider, en définitive, que si la publicité du jugement, prescrite par l'art. 501, n'est pas une formalité substantielle dont l'omission doive faire considérer l'interdiction comme non avenue, Montpellier, 1er juill. 1840, S.V., 40, 2, 314, l'incapacité de l'interdit ne peut, tant que cette formalité n'a pas été accomplie, être opposée à ceux qui ont contracté avec lui.—*Contrà*, Demolombe, 8, n. 550.] — On ne saurait prétendre davantage que l'interdiction n'a d'effet que dans le ressort du tribunal qui l'a prononcée, 29 juin 1819; [Merlin, *Quest.*, v° *Tableau des interd.*, § 2; Favard, *Rép.*, v° *Cons. jud.*, n. 5.]

[20] Ainsi, par exemple, si le défendeur est frappé d'interdiction et que sur l'appel le jugement soit confirmé, l'effet de la sentence remonte au jour de la première décision, Duranton, 3, n. 770. V. § 235. [En d'autres termes, l'appel n'est pas suspensif, Delvincourt, 1, p. 480; Proudhon, 2, p. 332; Thomines, 2, p. 511; Chauveau sur Carré, n. 1652 *sexiès*, et 3033; Marcadé, sur l'art. 502 : c'est-à-dire que si le jugement est confirmé sur l'appel, l'effet de l'arrêt confirmatif remonte au jour du jugement; mais si ce jugement est infirmé, il est bien clair qu'il reste sans effet, non-seulement pour l'avenir, mais pour le temps qui s'est écoulé entre le jugement de première instance et l'arrêt d'appel. V. Toulouse, 30 janv. 1821.]

[1] Proudhon, 2, p. 322. Cet auteur montre toutes les conséquences qui découlent de ce principe. V. aussi Cass., 11 août 1818. [Toutefois cette assimilation n'est pas absolue, ainsi que l'explique ce même paragraphe. — V. le titre du *Mariage*, § 110.]

[2] L'art. 505, § 1, ne contient qu'une application du principe en matière d'exécution de jugements, Pr., art. 449 et s. Ce n'est donc pas une limitation de l'art. 502, Merlin, *Rép.*, v° *Interdiction*, § 5; Proudhon, 2, p. 332; Toullier, 2, n. 1335; Duranton, 3, n. 749; Cass., 13 oct. 1807. [L'art. 505, aux termes duquel s'il n'y a pas appel du jugement d'interdiction, ou s'il est confirmé sur l'appel, il sera pourvu à la nomination d'un tuteur et d'un subrogé tuteur à l'interdit, doit être entendu en ce sens, non qu'il faille attendre, pour nommer le tuteur, qu'il n'y ait plus d'appel possible, par l'expiration du délai d'appel, mais que tant que l'appel n'est

voir l'interdit d'un tuteur, comme s'il était mineur, et la tutelle à laquelle il est soumis est réglée d'après les mêmes principes que la tutelle des mineurs, art. 505 et 509, sauf les restrictions et modifications ci-après :

1° La tutelle d'un interdit ne peut être conférée que par la loi ou par le conseil de famille, *tutela furiosorum est vel legitima*[3], *vel dativa*.

2° Le père et la mère ne peuvent choisir à leurs enfants en état d'imbécillité, de démence ou de fureur, le tuteur qui leur est nécessaire[4].

3° Le mari est, d'après la loi, le tuteur de sa femme frappée d'interdiction[5], art. 506.

4° Dans tous les autres cas, le tuteur est nommé par le conseil de famille, alors même que l'interdit a conservé son père ou sa mère, ou d'autres ascendants[6], ou qu'il a une femme[7], arg. art. 506, 507.

pas interjeté il peut être procédé à la nomination du tuteur, sauf à suspendre l'effet de cette nomination, dans le cas où l'appel vient à être ultérieurement interjeté, Delvincourt, 1, p. 480; Chardon, n. 225; Duranton, 3, n. 749; Marcadé, sur l'art. 505; Demolombe, 8, n. 553. — *Contrà*, Taulier, 2, p. 112. — Il faut remarquer d'ailleurs que la nomination d'un tuteur à l'interdit étant l'exécution du jugement d'interdiction, il ne peut y être procédé qu'après que le jugement a été préalablement signifié, art. 147 Pr.; Cass., 13 oct. 1807; Toullier, 2, n. 1335; Merlin, *Rép.*, v° *Interd.*, § 5, n. 3; Duranton, *ibid.*; Chardon, n. 244; Demolombe, 8, n. 555; et qu'elle ne peut avoir lieu, même après la signification, dans la huitaine du jugement, Pr., art. 449; Bordeaux, 14 avril 1806; Duranton, *ibid.*; Demolombe, *ibid.*]

[3] [Mais, ainsi qu'on le verra plus bas, les cas de tutelle légitime ne sont pas les mêmes pour les interdits que pour les mineurs.]

[4] Observations du Tribunat sur l'art. 505; Locré, sur le même article; Cass., 11 mars 1812; Paris, 1er mai 1813; [Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*, sect. 2, § 1, n. 8; Toullier, 2, n. 1336; Duranton, 3, n. 751; Demante, *Progr.*, 1, n. 502; Chardon, n. 230; Demolombe, 8, n. 563; Marcadé, sur l'art. 506. Cela résulte de ce que, ainsi que nous allons le voir, il n'y a pas de tutelle légitime des ascendants, qui ne peuvent dès lors déléguer soit par testament, soit autrement, un pouvoir qu'ils n'ont pas.]

[5] Dans la supposition, du reste, que le mariage n'a pas été suivi du divorce ou de la séparation de corps, [Chardon, n. 351; Demolombe, 8, n. 568]. V. § 234, note 4.

[6] [Il n'y a donc pas lieu, en matière d'interdiction, à la tutelle légitime des ascendants. Cela résulte de ce que l'art. 505 veut qu'il soit pourvu à la nomination d'un tuteur à l'interdit. Si donc un majeur vient à être interdit, la tutelle n'est pas dévolue de plein droit à ses ascendants, Poitiers, 23 fév. 1825; Demolombe, 8, n. 562; Marcadé, sur l'art. 506. — *Contrà*, Bordeaux, 15 germ. an XIII, et Dissert. insérée dans Sirey, 12, 2, 111. — Toutefois si un mineur déjà sous la tutelle de son père ou de sa mère vient à être interdit, il n'y a pas lieu de lui nommer un tuteur à l'interdiction : sa qualité d'interdit est absorbée par celle de mineur; mais lorsqu'il atteint sa majorité, la tutelle légitime prend fin, et il doit être alors pourvu d'un tuteur par le conseil de famille, Proudhon, 2, p. 333.]

[7] [Il est dérogé par l'art. 407 à la règle générale de l'art. 422 qui déclare les femmes incapables d'être tutrices : la femme peut être nommée tutrice de son mari interdit. Mais c'est une simple faculté, et le conseil de famille peut l'écarter de la tutelle, sans être tenu d'indiquer des causes d'exclusion, Cass., 27 nov. 1816; Orléans, 9 août 1817; Delvincourt, 1, p. 481; Duranton, 5, n. 752; Magnin, 1, n. 866; Chardon, *Puiss. maritale*, n. 37; Demolombe, 8, n. 565; Marcadé, sur l'art. 507, V. *inf.*, note 10.]

Tout ce qui a été dit précédemment sur la tutelle des mineurs [8], sur les causes d'indignité, d'incapacité ou d'excuse, est applicable au cas actuel. Cependant le conseil de famille peut donner à l'interdit sa femme pour tutrice [9]. Dans ce cas, le conseil de famille doit fixer le mode et les conditions de l'administration de la tutelle, réserve faite du droit de la femme de se pourvoir devant les tribunaux, si elle se croit lésée par la délibération du conseil de famille [10], art. 507.

Le tuteur doit :

1° Recevoir le compte de l'administrateur provisoire, s'il en a été nommé un au début de la procédure [11], § 234, art. 505 ;

2° Suivre, en se conformant aux circonstances, les règles tra-

[8] Ainsi, par exemple, pour la composition du conseil de famille : celui qui a poursuivi l'interdiction n'en est pas exclu. Il n'est plus partie, art. 495.

[9] [V. *sup.*, note 7.]

[10] Quelle est l'influence de cette nomination sur la communauté de biens ? sur la capacité de la femme dans ses propres affaires ? V. Proudhon, 2, p. 333 ; Delvincourt, sur l'art. 507 ; Toullier, 2, n. 1340. La femme administre alors la communauté comme tutrice, et non *jure proprio*. V. aussi art. 222 ; [Demolombe, 8, n. 603 et s. ; Marcadé, sur l'art. 607. — C'est au même titre qu'elle administre ses biens propres, dont l'administration, avant l'interdiction, appartenait à son mari, *ibid.* — Si elle veut aliéner les biens de la communauté, elle doit se faire autoriser par le conseil de famille, comme pour les biens de mineurs, et non directement par le tribunal, *ibid.* — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1344. — Si elle veut aliéner ses biens propres, elle devra se pourvoir de l'autorisation de la justice, qui remplace celle que son mari ne peut plus lui donner, *ibid.* ; Poitiers, 17 juin 1846, S. V., 47, 2, 16. — Quant à la femme qui n'a pas été nommée tutrice, elle ne peut réclamer l'administration ni de ses biens propres, ni de ceux de la communauté, qui passe au tuteur de son mari, Orléans, 9 août 1817 ; Toullier, 2, n. 1344 et 1348 ; Demolombe, 8, n. 613 ; Marcadé, sur l'art. 507 ;... à moins que la femme n'obtienne sa séparation de biens, auquel cas elle reprendrait l'administration de ses biens propres ; mais l'interdiction du mari ne peut à elle seule être une cause suffisante de séparation de biens ; Nîmes, 3 avril 1832, S. V., 32, 2, 428 ; Lyon, 20 juin 1845, S. V., 46, 2, 253 ; Benoit, *De la dot*, 1, n. 280 ; Cubain, *Droits des femmes*, n. 466 ; Demolombe, 8, n. 614. — *Contrà*, Chardon, *Puiss. marit.*, n. 311 ; Rodière et Pont, *Contr. de mar.*, 2, n. 803. Néanmoins la mauvaise gestion du tuteur pourrait comme celle du mari être une cause de séparation ; arrêts précités de Nîmes et de Lyon. — Dans tous les cas, que la femme soit tutrice ou qu'elle ne le soit pas, elle a l'administration de la personne des enfants et la surveillance de leur éducation, Orléans, 9 août 1817 ; Toullier, 12, n. 308 ; Demolombe, 8, n. 616 ; Marcadé, sur l'art. 507. — Mais la femme non tutrice n'a pas l'administration des biens de ses enfants ; l'interdiction ne dépouille pas le mari de l'usufruit légal de ces biens, qui doivent dès lors être administrés par son tuteur, Demolombe, 8, n. 618 ; Duranton, 3, n. 754.—*Contrà*, Toullier, 12, n. 309 ; Marcadé, sur l'art. 507. — Au surplus, lorsque la femme est nommée tutrice de son mari, l'art. 507 veut que le conseil de famille règle la forme et les conditions de l'administration, sauf le recours devant les tribunaux de la part de la femme qui se croirait lésée par la décision de la famille. Du contexte de cette disposition il résulte que le recours n'appartient à la femme que lorsqu'elle a été nommée tutrice. — *Contrà*, Demolombe, 8, n. 600.]

[11] [Ce compte est-il soumis aux mêmes règles que le compte de tutelle ? Nous ne le pensons pas : il ne s'agit pas ici d'un tuteur définitif, mais d'un administrateur provisoire. Dans tous les cas, le mandataire de l'administrateur provisoire ne doit pas un compte de tutelle, mais un compte de mandat, Cass., 16 fév. 1842, S. V., 42, 1, 714.]

cées par le conseil de famille pour adoucir le sort de l'interdit et pour amener son rétablissement, art. 510[12];

3° Dans le cas où un enfant[13] de l'interdit veut se marier, pour sa dot, ou, s'il veut s'établir, pour lui venir en aide[14], le conseil de famille peut lui accorder un avancement d'hoirie[15]. Le conseil de famille doit aussi s'occuper du règlement des conventions matrimoniales des enfants de l'interdit; mais sa délibération ne peut être exécutée qu'après avoir été homologuée en justice, art. 511[16];

4° Le tuteur est autorisé, si l'interdit est marié, à agir en son nom dans toutes les demandes en divorce et en séparation de corps et de biens, dans les cas où la loi permet de les former[17].

L'interdiction, et par conséquent la tutelle qui en est la conséquence, cesse avec les raisons qui l'ont fait établir[18]. Il faut cependant, pour faire cesser l'interdiction, un jugement obtenu par les mêmes voies que celles par lesquelles a été obtenu le jugement qui l'a prononcée, art. 512; Pr., art. 896[19]. La demande de mainlevée peut être formée par l'interdit lui-même[20].

[12] [Est-ce au conseil de famille ou au mari qu'il appartient de régler si la femme interdite sera soignée chez elle ou ailleurs? C'est au mari, Duranton, 3, n. 762; c'est au conseil de famille, Chardon, *Puiss. tut.*, n. 219. — Nous pensons que c'est au mari, dont la puissance maritale ne peut être diminuée par la tutelle dont il est investi.]

[13] Ou un petit-fils après la mort de l'enfant. V. cependant Duranton, 3, n. 766, [qui émet une opinion contraire; mais l'art. 511, sous la dénomination générique d'enfants, comprend sans aucun doute les petits-enfants, Demolombe, 8, n. 586; et les enfants naturels, *ibid.*, n. 587.]

[14] Amiens, 6 août 1824. [L'art. 511 n'est pas exclusif de l'avancement d'hoirie à faire pour tout autre établissement qu'un mariage, Limoges, 6 juin 1842, S. V., 42, 2, 485; Demolombe, 8, n. 587; Marcadé, sur l'art. 511. — *Contrà*, Magnin, 1, n. 889; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 237.]

[15] Non par préciput, Duranton, 3, n. 763; [Demolombe, 8, n. 589.]

[16] [Il est à remarquer que l'intervention du conseil de famille n'est nécessaire que lorsqu'il s'agit de doter l'enfant ou de lui faire un avancement d'hoirie avec les biens de l'interdit. Si donc le père étant interdit, la mère veut doter l'enfant avec ses biens propres, elle n'aura besoin que de l'autorisation du tribunal qui remplace celle que son mari ne peut plus lui donner; et si c'est la mère qui est interdite, le père pourra doter l'enfant avec ses biens personnels sans avoir besoin du consentement de personne. Si l'enfant est majeur et s'il se dote avec ses biens propres, l'intervention du conseil de famille est inutile, Duranton, 3, n. 763; Demolombe, 8, n. 590.]

[17] Colmar, 16 fév. 1832, S. V., 32, 2, 612. [Aux termes de cet arrêt, si c'est la femme interdite qui poursuit la séparation de corps ou de biens contre son mari tuteur, l'action doit être intentée au nom de la femme par un tuteur *ad hoc* ou par le subrogé tuteur.]

[18] Pour le cas où le jugement qui prononce l'interdiction vient à être cassé. V. *Journal du palais*, 17, p. 193.

[19] Pour la procédure, V. Duranton, 3, n. 790; Merlin, *Rép.*, v° *Interdiction*, § 7; Dalloz, *Jur. gén.*, v° *Interd.*, sect. 1, art. 5; [Carré, sur l'art. 896 Pr.; Chauveau sur Carré, *ibid.*]

[20] Cass., 12 fév. 1816; Bordeaux, 8 mars 1822; Riom, 2 déc. 1830. [Il résulte de ces arrêts que l'interdit peut demander la mainlevée de son interdiction, sans l'assistance de son tuteur; qu'il n'est même pas nécessaire qu'il se donne un contradicteur, puisque la demande doit être formée par requête, communiquée ensuite au conseil de famille pour avoir son avis, lequel peut s'opposer à la demande en mainlevée; que, dans tous les cas, il suffirait à l'interdit de mettre son tuteur en cause. V. Toullier, 2, n. 1364; Duranton, 3, n.

Sauf les époux, les ascendants et les descendants, personne n'est tenu de conserver plus de dix ans la tutelle de l'interdit, art. 508[21].

§ 236. *Des actes de l'interdit.*

Les actes[1] de l'interdit qui ont une date postérieure au jugement d'interdiction[2] sont nuls de plein droit[3], mais seulement, art. 1125, à l'égard de l'interdit et de ses héritiers ou représentants, art. 502. V. art. 174, 442.

791; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 255; Chauveau sur Carré, n. 3037. — Si le tuteur a été mis en cause, il peut interjeter appel du jugement qui relève l'interdit de son interdiction, Cass., 14 juin 1842, S. V., 42, 1, 742. — L'appel peut également être interjeté par les membres du conseil de famille qui se sont opposés à la mainlevée, Pr., art. 894.]

[21] [Mais les époux, les ascendants et les descendants peuvent se prévaloir des causes ordinaires d'excuse admises par les art. 427 et s., Chardon, *Puiss. tut.*, n. 231; Demolombe, 8, n. 622. — L'art. 508 s'applique au subrogé tuteur comme au tuteur, puisque les causes d'excuse relatives à l'un sont communes à l'autre. V. *sup.*, § 213.]

[1] Le testament de l'interdit est-il nul de plein droit? Pour l'affirmative, V. Grenier, *Des don.*, 1, n. 104, et Toullier, sur l'art. 913. — En sens contraire, V. Merlin, *Rép.*, v° *Test.*, sect. 1, § 1, art. 1, n. 6. Cet auteur s'appuie sur des considérations très-puissantes. [Cette question se rattache à la question beaucoup plus générale de savoir si la nullité de plein droit, prononcée par l'art. 502, s'applique indistinctement à tous les actes de l'interdit, ou si, au contraire, il n'y a pas lieu de faire des distinctions. V. Demolombe, 8, n. 633 et s. Nous croyons, quant à nous, qu'il y a lieu de distinguer entre les contrats et les actes d'aliénation qui ne peuvent être faits que par le tuteur de l'interdit qui le représente, et les actes qui, n'ayant pas le caractère d'un contrat ou d'une aliénation, mais qui n'étant que la simple reconnaissance d'un fait personnel à l'interdit, ou une simple manifestation de volonté, ne peuvent être faits que par lui, tels que la reconnaissance d'un enfant naturel, V. *sup.*, § 167, et les testaments. Ces actes, dans lesquels ne peut évidemment pas intervenir le tuteur, ne sont nuls qu'autant qu'il n'est pas prouvé que l'interdit les a faits dans un intervalle lucide. — Mais cette distinction ne s'applique pas au mariage, V. *sup.*, § 110, qui est un contrat d'une nature particulière, que le tuteur ne peut consentir au lieu et place de l'interdit, et que l'interdit ne peut faire lui-même dans un intervalle lucide, parce que son interdiction le rend personnellement incapable de contracter, sans distinction de temps. — Il est à remarquer, au surplus, que la nullité prononcée par l'art. 502, de tous les actes passés par l'interdit, s'applique non-seulement aux actes proprement dits dans lesquels il a été partie, mais aussi aux jugements obtenus contre lui, Riom, 14 fév. 1842, S. V., 42, 2, 153; Demolombe, 8, n. 532.]

[2] V. § 234, note 20. [Même ceux qui sont faits pendant l'instance d'appel du jugement d'interdiction, si ce jugement vient à être confirmé, Riom, 14 fév. 1842, S. V., 42, 2, 153.]

[3] [C'est-à-dire qu'ils doivent être annulés pour le seul fait d'interdiction, sans qu'il soit nécessaire qu'il y ait lésion, si la nullité en est demandée par l'interdit dans les dix ans à partir du jour où il a recouvré sa capacité, ou par ses héritiers dans les dix ans à partir de son décès, art. 1304. La demande en nullité devrait être formée dans les dix ans, alors même qu'il serait constant d'ailleurs que l'interdit n'avait pas sa raison au moment précis où l'acte a été fait; dans ce cas, en effet, l'acte ne deviendrait pas annulable pour défaut de consentement, aux termes de l'art. 1108; il serait annulable comme émanant d'un interdit, aux termes de l'art. 502, Demolombe, 8, n. 629. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 502.]

Les actes[4] d'une date antérieure[5] au jugement peuvent être argués de nullité, toujours de la part de l'interdit, de ses héritiers ou représentants, art. 1125, à la charge par le demandeur de prouver[6] qu'au temps où l'acte a été passé[7] les causes qui ont fait

[4] [Le mot *acte*, dans l'art. 503 et dans l'art. 504, n'a pas une signification aussi générale que dans l'art. 502. Il ne comprend que les actes ou jugements auxquels une personne prétendue en démence a été partie; mais il ne s'applique pas aux significations, assignations et poursuites qui lui sont adressées ou qui sont dirigées contre elle.—*Contrà*, Poitiers, 1er fév. 1842, S. V., 43, 1, 394. Celui qui n'est pas interdit n'est pas incapable : on peut donc agir contre lui, avec d'autant plus de raison qu'il n'appartient pas à tout le monde, en provoquant l'interdiction, de donner un adversaire capable en la personne d'un tuteur à ceux qui ont intérêt à agir contre un individu en démence. Les actes auxquels a pris part un individu qui a déjà donné des preuves d'aliénation mentale sont donc seuls susceptibles d'être annulés : si l'on est toujours tenu d'agir pour la conservation de ses droits, on n'est pas toujours tenu de contracter. V. Demolombe, 8, n. 658.]

[5] Mais à la charge de qui est la preuve, dans les cas des art. 502, 503, que le contrat juridique est d'une date plus récente, ou respectivement qu'il est d'une date plus ancienne que l'interdiction, quand l'acte ne porte point de date certaine? V. art. 1328. Comme la loi n'établit pas de présomption *juris* ni pour l'une ni pour l'autre date, et que par conséquent la question doit être décidée d'après les principes qui s'appliquent en général à l'obligation de prouver, celui qui fonde sa demande sur l'acte d'un interdit devra établir que l'acte a été passé antérieurement à l'interdiction. L'acte ne vaut même pas comme commencement de preuve par écrit de sa date, art. 1347. Observons cependant que cette décision peut conduire, dans des cas particuliers, à de grandes injustices. Aussi est-elle controversée. V. Delvincourt, art. 502; Duranton, 3, n. 772. — [Il ne peut y avoir aucune difficulté en ce qui touche les actes authentiques et les actes sous seing privé ayant une date certaine postérieure à l'interdiction. Quant à ceux qui ont une date postérieure à l'interdiction, bien que cette date ne soit pas certaine par l'enregistrement ou de toute autre manière, cependant l'acte n'en doit pas moins être annulé sur la demande de l'interdit, puisque cette date est opposable à ceux avec qui l'interdit a traité, et qui ne peuvent évidemment pas la méconnaître, art. 1328; Massé, 3, n. 147. Quant aux actes sous seing privé n'ayant pas une date certaine antérieure à l'interdiction, la question fait difficulté, et la jurisprudence offre sur ce point de nombreuses décisions en sens divers, les unes admettant la présomption d'antidate des actes souscrits par l'interdit, Paris, 10 mai 1810; Cass., 9 juill. 1816; Rouen, 22 juill., 1828; Orléans, 3 juill. 1835, S.V., 35, 3, 417; Cass., 4 fév. 1835, S.V., 35, 1, 83; les autres repoussant cette présomption, Bourges, 4 janv. 1831, S. V., 31, 2, 288; Orléans, 25 août 1837, S. V., 38, 2, 66, et 21 mars 1838, S. V., 39, 2, 326. Il nous semble que le défaut de certitude de la date n'équivaut pas à sa fausseté; et que si l'interdit peut se prévaloir de cette incertitude pour être admis à établir la fausseté de la date, la partie avec qui il a contracté est de son côté recevable à en prouver la sincérité, et que c'est dès lors aux tribunaux qu'il appartient de déterminer, d'après les circonstances, les allégations et les preuves respectivement débattues, l'époque à laquelle l'acte a été fait, Cass., 8 mars 1836, S. V., 36, 1, 236; Duranton, 3, n. 772; Delvincourt, 1, p. 482; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 249 et 277; Massé, *loc. cit.* — Remarquons toutefois que s'il s'agit d'effets de commerce, ils sont réputés avoir date certaine à l'égard des tiers porteurs de bonne foi à l'encontre desquels l'interdit ou ses représentants ne sont pas recevables à prouver l'antidate, Paris, 20 avril 1831, S. V., 31, 2, 288; Cass., 17 mai 1831, S. V., 35, 1, 85; Massé, *loc. cit.*, n. 148. V. cependant Orléans, 3 juill. 1835, S. V., 35, 2, 417 et Cass., 4 fév. 1835, S. V., 35, 1, 83.]

[6] Sur la preuve, V. Toullier, 2, n. 1359. Cette preuve est nécessaire alors même qu'il résulte de la procédure en interdiction que la cause de l'interdiction existait déjà *tempore negotii perfecti*, Nîmes, 10 mars 1819; Duranton, 2, n. 780; [Demolombe, 8, n. 656.]

[7] [Les actes antérieurs à l'interdiction ne sont pas nécessairement nuls comme les actes postérieurs : ils *peuvent* seulement être annulés; d'où il suit qu'il n'y a lieu, en général, de les annuler que si

prononcer l'interdiction étaient notoires ou connues de l'autre partie contractante[8], art. 503; et cette règle est applicable par analogie aux actes passés en état de démence par une personne dont l'interdiction n'a pas été provoquée et qui ensuite recouvre la raison[9], arg. art. 504, 1108.

Les actes d'une personne décédée ne peuvent être attaqués pour cause de démence[10], à moins que son interdiction n'ait été prononcée ou provoquée[11] avant son décès[12], ou que la preuve

l'interdit en éprouve sinon une lésion proprement dite, au moins un dommage appréciable, Cass., 15 nov. 1826; Demolombe, 8, n. 657.]

[8] S'il est prouvé que la cause existait notoirement à l'époque mentionnée, la partie adverse n'est point recevable à prouver que cette cause lui était inconnue, Motifs de l'art. 503; Duranton, 3, n. 775 et s. [Selon Marcadé, sur l'art. 503, au contraire, celui qui a contracté avec l'interdit est recevable à prouver qu'il n'avait pas connaissance des causes de l'interdiction. Cette dernière opinion nous semble préférable : dès que l'annulation ne doit pas être nécessairement prononcée, les tribunaux peuvent admettre toutes les preuves de nature à établir la bonne foi des parties, Demolombe, 8, n. 657. — On peut même être admis à prouver, bien que les causes de l'interdiction existassent d'une manière notoire à l'époque d'un acte, par exemple à l'époque d'une reconnaissance d'enfant naturel, que cet acte est libre, spontané, exempt d'erreur et par conséquent valable, Caen, 19 janv. 1843, S. V., 43, 1, 247; Orléans, 8 fév. 1852, S. V., 52, 2, 6.]

[9] V. Duranton, 3, n. 782; Lyon, 24 août 1831, S. V., 32, 2, 84; [Valette sur Proudhon, 2, p. 540. — *Contrà*, Proudhon, *loc. cit.*]

[10] « Pour cause de démence », à plus forte raison pour cause de fureur et même d'imbécillité. V. cependant Duranton, *loc. cit.*

[11] [Il suit de là que si l'interdiction n'avait été ni provoquée ni prononcée, les héritiers ne pourraient prétendre, pour faire annuler un acte consenti par leur auteur, que cet acte a été consenti dans un accès momentané d'aliénation, Demolombe, 8, n. 666.—Mais cette disposition de l'art. 504 n'est applicable qu'aux héritiers de l'auteur de l'acte; rien n'empêche celui-ci de demander la nullité d'un acte qu'il aurait consenti dans un accès d'aliénation mentale, alors même que son interdiction n'aurait pas été provoquée, Lyon, 24 août 1831, S. V., 32, 2, 84: Duranton, 3, n. 782; Valette sur Proudhon, 2, p. 540; Marcadé, sur l'art. 504. — *Contrà*, Proudhon, *loc. cit.* — Mais l'art. 504 établit une fin de non-recevoir opposable non-seulement aux héritiers qui, comme parents, auraient eu qualité pour provoquer l'interdiction, mais encore aux légataires qui n'ont pu agir pour la provoquer, Demolombe, 8, n. 665.]

[12] Il n'y a cependant pas lieu d'appliquer cette exception lorsque la demande des parents a été repoussée ou déclarée périmée, Toullier, 2, n. 1363; Duranton, 3, n. 786; Pr., art. 399. Mais qu'arrivera-t-il si la procédure seulement a été interrompue *sans déclaration de péremption?* V. Paris, 13 juillet 1808. — [Plusieurs questions peuvent se présenter sur le point de savoir quand l'interdiction peut être réputée *provoquée*, et sur ce qu'on doit entendre par interdiction *prononcée*. — L'interdiction est *provoquée* aussitôt que la requête à fin d'interdiction est présentée au président du tribunal, à moins toutefois que cette requête, non encore suivie des mesures qui doivent en être la conséquence, ne soit présentée en temps inopportun, de telle sorte qu'elle puisse être présumée frauduleuse. Si la demande à fin d'interdiction avait été rejetée, ou périmée faute de poursuites; s'il y avait eu désistement de l'action, ou même abandon pendant un temps suffisant pour qu'on pût en induire l'intention de se désister, on ne pourrait s'en prévaloir : l'interdiction est provoquée dans le sens de l'art. 504, quand, au moment du décès, il y a une instance sérieusement pendante. V. Demolombe, 8, n. 670. — L'interdiction est *prononcée*, bien qu'antérieurement au décès il eût été fait mainlevée du jugement qui la prononce : les actes postérieurs à la mainlevée pourront être attaqués, non pour cause d'interdiction, mais pour cause de démence. Il est bien évident, en effet, que l'art. 504 serait inutile et n'aurait aucun sens si, par *interdiction prononcée*, il entendait parler

de la démence ne résulte du contenu même de l'acte attaqué[13], art. 504. Les dispositions à titre gratuit sont exceptées des termes de cet article 504[14], art. 901.

CHAPITRE II.

DE LA CURATELLE.

§ 237. *Règles générales sur la curatelle.*

Le curateur est nommé tantôt par le conseil de famille, tantôt par le tribunal.

La curatelle légitime, *cura legitima*, et la curatelle testamentaire, *cura testamentaria*, ne sont pas admises par le Code. V. cep. § 238 et art. 1055.

La curatelle ne comporte pas de subrogé curateur. S'il existe entre le curateur et la personne placée en curatelle un procès, ou des intérêts à débattre, pour lesquels l'assistance d'un curateur soit nécessaire, il faut lui nommer ou un autre curateur, ou un curateur *ad hoc*[1].

Les causes d'indignité et d'incapacité en matière de tutelle sont applicables à la curatelle[2], Pén., arg. art. 28, 34, 42.

La curatelle est, comme la tutelle, une charge publique[3]. Cependant les causes qui peuvent autoriser une personne à refuser une curatelle, ou à s'en décharger, sont remises à l'appréciation de l'autorité chargée de nommer le curateur[4].

Les devoirs et les droits d'un curateur, toutes les fois qu'ils ne

d'une interdiction existant encore au moment du décès, puisque tous les actes de l'interdit sont nuls de plein droit.—*Contrà*, Demolombe, 8, n. 671.]

[13] [C'est là une question de fait et d'interprétation de l'acte.]

[14] V. Discussion sur les art. 504 et 901; d'Aguesseau, *Plaid.*, 37; Grenier, *Des donat.*, 1, n. 284; Toullier, 2, n. 1363, et 5, n. 57; Favard, v° *Testament*, sect. 1, § 1, art. 1. La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens. V. notamment Poitiers, 27 mai 1809; Cass., 22 nov. 1810; Colmar, 17 juin 1812; Cass., 17 mars 1813; Cass., 26 juin 1822. V. cependant Maleville et Delvincourt, sur l'art. 901. [V. encore dans le sens de l'inapplicabilité de l'art. 504 aux dispositions à titre gratuit, Merlin, *Rép.*, v° *Test.*, sect. 1, art. 1, n. 1 et 2; Duranton, 3, n. 787, et 8, n. 155; Vazeille, *Donations*, sur l'art. 901, n. 1; Chardon, *Du dol*, 1, n. 83, et *Puiss. tut.*, n. 206; Demolombe, 8, n. 673; Marcadé, sur l'art. 504; Cass., 22 nov. 1827. — En sens contraire, V. Paris, 30 mess. an XIII; 26 mai 1815; et Rouen, 3 mai 1816.]

[1] [Demolombe, 8, n. 252 et 253; Marcadé, sur l'art. 480.]

[2] [Demolombe, 8, n. 248; Marcadé, sur l'art. 480.]

[3] [Demolombe, 8, n. 247; Marcadé, sur l'art. 480.]

[4] Le Code ne contient pas de dispositions générales sur la curatelle. Les *excusationes à tutelâ* ne s'appliquent pas de plein droit à la curatelle : elles peuvent seulement servir de règles et de point de départ, [Demolombe, 8, n. 249; Marcadé, sur l'art. 480.]

sont pas déterminés directement ou indirectement par des dispositions particulières, doivent s'apprécier d'après le but que la loi a dû se proposer en instituant chaque espèce de curatelle[5]. Dans l'accomplissement de ses devoirs, le curateur est soumis à la responsabilité de droit commun imposée à tout mandataire[6], art. 1992.

La curatelle cesse : 1° avec la cause pour laquelle elle a été instituée ; 2° dans les mêmes cas où cesse la tutelle, par exemple, par la mort du curateur, toutes les fois qu'à raison des différences notables qui existent entre la tutelle et la curatelle, les causes qui mettent fin à la tutelle ne cessent pas d'être applicables à la curatelle[7].

SECTION Ire. — DU CURATEUR A L'ÉMANCIPATION.

§ 238. *De la manière dont la curatelle est déférée.*

Les mineurs émancipés expressément ou tacitement[1] ne sont pas complétement assimilés aux majeurs, mais seulement sous quelques rapports[2]. Sous les autres rapports, ils ont besoin, pour la validité de leurs actes, de l'assistance d'un curateur. — Le conseil de famille[3] nomme ce curateur[4], arg. art. 480.

Par suite, ni le père ni la mère ne sont autorisés à donner un curateur à leur enfant, soit par l'acte d'émancipation, soit à leur décès, par une disposition testamentaire[5].

[5] [Le curateur, à la différence du tuteur, ne représente pas le mineur, il l'assiste ; il n'agit pas pour le mineur, il le rend capable d'agir, Demolombe, 8, n. 255 ; Marcadé, sur l'art. 480.]

[6] Duranton, 3, n. 680 ; [Demolombe, 8, n. 258. — Il suit de là que le curateur n'est pas tenu de rendre compte de la même manière que le tuteur, Demolombe, 8, n. 257.]

[7] [Demolombe, 8, n. 259.]

[1] [V. *sup.*, § 227.]

[2] [Le Code laisse beaucoup à désirer en ce qui touche le point de savoir sous quels rapports le mineur émancipé peut être assimilé au majeur, ainsi que sur le point de savoir quels actes il peut faire seul, et quels actes il ne peut faire sans l'assistance de son curateur, et même quelquefois du conseil de famille. V. *inf.*, § 239. On peut cependant dire que le mineur émancipé est assimilé au majeur, en ce que l'autorité paternelle et l'autorité tutélaire ayant cessé, il retrouve la liberté de sa personne et de ses actions, pour tous les faits qui n'emportent pas par eux-mêmes obligation.]

[3] [Du domicile du mineur selon les distinctions que nous avons établies, *suprà*, § 202. V. Marcadé, sur l'art. 480, et Demolombe, 8, n. 245.]

[4] Cette règle ne ressort pas directement de l'art. 480. Cet article, qui ne parle que du curateur dont l'émancipé doit être pourvu pour la reddition du compte de tutelle (curateur *ad hoc*), n'est qu'une application particulière des règles générales posées dans ce paragraphe, Delvincourt, 1, p. 307. [Nous ne croyons pas que le curateur nommé pour assister le mineur émancipé lors de la reddition du compte de tutelle, doive nécessairement être un curateur *ad hoc* : il peut être un curateur définitif. Cela dépend de l'intérêt qu'il peut y avoir à nommer un curateur *ad hoc* pour la reddition de compte, par exemple, si le conseil de famille voulait, après le compte rendu, charger le tuteur lui-même de la curatelle, Marcadé, sur l'art. 480 ; Demolombe, 8, n. 244.]

[5] Locré, sur l'art. 480 ; Caen, 27 juin 1812 ; Limoges, 2 janv. 1821.

Aucune personne n'est appelée par la loi à la curatelle. Plusieurs jurisconsultes admettent cependant les exceptions suivantes :

1° Le mari est de plein droit le curateur de sa femme mineure[6], arg. art. 2208.

2° Le père et la mère, ou tout au moins le père, ont la curatelle de leurs enfants mineurs émancipés[7].

Du reste, le Code n'impose à personne l'obligation de convoquer le conseil de famille pour nommer ce curateur ; il paraît en laisser le soin tantôt à l'émancipé lui-même, V. art. 480, tantôt aux autres personnes qui ont intérêt à cette nomination[8].

§ 239. *Des actes du mineur émancipé.*

Le mineur en puissance paternelle ou pourvu d'un tuteur est représenté pour tous ses actes juridiques et pour chacun d'eux en particulier, V. cep. § 222, par son père ou par son tuteur ; et bien que les lois ne lui refusent pas complétement le droit de contracter ou d'acquérir, il jouit cependant en principe de la restitution en entier contre tous les actes par lui faits.

Le mineur émancipé, au contraire, n'est ni toujours capable, ni toujours incapable[1]. Il y a des actes que le mineur émancipé peut faire seul ; d'autres qu'il ne peut faire qu'avec l'assistance

[6] C'est l'opinion commune, *sententia communis*. V. Pigeau, 1, p. 86; 2, n. 472; Duranton, 2, n. 305 ; 3, n. 678 ; Vazeille, *Mar.*, 2, n. 349; Pau, 11 mars 1811; [Demolombe, 8, n. 233 ; Marcadé, sur l'art. 481. C'est une conséquence de l'autorité du mari majeur sur la personne de sa femme et sur ses biens.—Par contre, la femme majeure n'a pas de plein droit la curatelle de son mari mineur, Demolombe, 8, n. 234.—Il nous semble même douteux qu'elle puisse être chargée de la curatelle par le conseil de famille, et devenir ainsi, en quelque sorte, le chef momentané de la communauté. V. Demolombe, 8, n. 235.]

[7] Duranton, 3, n. 678 ; Delvincourt, 1, p. 314. Ce dernier auteur pense qu'il y a une curatelle légitime des mineurs comme il y a une tutelle légitime, c'est-à-dire qu'il y a des personnes appelées de plein droit à la curatelle du mineur émancipé, comme il y a des personnes appelées de plein droit à la tutelle. V. la Disc. et les Obs. du Trib. sur l'art. 480. [Cette opinion de Delvincourt, de laquelle il résulterait qu'il y a une curatelle légitime des père et mère et des autres ascendants, comme une tutelle légitime, ne peut pas être suivie : on ne peut, dans le silence de la loi, étendre à la curatelle les règles particulières à la tutelle, Marcadé, sur l'art. 480. — Nous pensons même qu'on ne doit pas admettre la curatelle légitime du père ou de la mère émancipants,—*Contrà*, Taulier, 2, p. 92 et 93 ; et cela encore bien que l'émancipation étant conférée à l'enfant pendant le mariage de ses père et mère, il ne fût pas encore en tutelle.—*Contrà*, Marcadé, sur l'art. 480. — Nous croyons que de l'art. 480, portant que le compte de tutelle sera rendu au mineur émancipé, assisté d'un curateur qui sera nommé par le conseil de famille, on doit conclure que le curateur doit toujours être nommé par le conseil de famille, soit après une tutelle, soit après une administration paternelle, et que la curatelle, sauf dans le cas d'une femme émancipée par le mariage, est toujours dative. V. Demolombe, 8, n. 236 et s.]

[8] [Tous ceux qui peuvent provoquer la réunion du conseil de famille pour la nomination d'un tuteur peuvent la provoquer pour la nomination d'un curateur, art. 406.]

[1] V. sur cette doctrine en général, Toullier, 2, n. 1296 et s.; Duranton, 3, n. 665 et s.

du curateur; d'autres pour lesquels il lui faut l'assistance de son curateur et de plus l'autorisation du conseil de famille; enfin, il y a des actes qui sont réglés par certaines dispositions de la loi : telles sont les dispositions à titre gratuit, art. 903, 904, V. art. 1309, 1398; le mariage, V. § 127; les affaires de commerce[2], Com., art. 2, 3, 632 et s.

Lorsque l'émancipé n'a pas capacité pour agir seul, le curateur n'agit pas à sa place; c'est lui qui agit avec l'assistance de son curateur. Il suit de là que le curateur de l'émancipé ne peut pas être mis seul en cause dans les instances qui intéressent le mineur[3].

§ 240. *Des actes que l'émancipé peut faire seul.*

L'émancipé peut seul, 1° disposer de sa personne[1], par exemple se louer, s'engager au service militaire[2], arg. art. 374.

2° Il peut faire tous les actes concernant l'administration de son patrimoine; ainsi il peut toucher ses revenus[3], en donner quittance[4], aliéner[5] ses meubles[6], affermer ses immeubles, mais par baux n'excédant pas neuf années[7], acquérir des biens mobiliers et immobiliers[8], art. 481, 484. Dans tous ces

[2] Toullier, 2, n. 1299; Duranton, 3, n. 699. [V. Massé, 3, n. 83 et s.]

[3] Cass., 24 juin 1809. [V. *sup.*, § 237, note 5.]

[1] [Mais il ne peut se marier sans les consentements requis, V. *sup.*, § 127; ni être adopté, art. 346, V. *sup.*, § 175 et 182; ni s'engager par des vœux religieux ou entrer dans les ordres sacrés, décr. 18 fév. 1809, art. 7, et 28 fév. 1810, art. 4.]

[2] V. cependant la loi du 21 mars 1832, art. 19, 32. [Aux termes de l'art. 32 de la loi du 21 mars 1832, celui qui veut contracter un engagement volontaire doit, s'il a moins de vingt ans, justifier du consentement de ses père et mère ou du tuteur; d'où l'on doit conclure que le mineur de vingt ans qui est émancipé, n'étant plus sous l'autorité de ses père et mère et n'ayant pas de tuteur, peut s'engager au service militaire sans avoir besoin d'aucune assistance, Demolombe, 8, n. 264 et s.]

[3] [Pourvu qu'ils soient échus. Les revenus payés d'avance devraient être considérés comme un capital. V. *inf.*, § 241; Poitiers, 5 mars 1823; Fréminville, 2, n. 1057; Troplong, *Du louage*, n. 145; Demolombe, 8, n. 273 et s.; Chardon, n. 566.]

[4] [Mais non en faire la remise : ce serait faire une libéralité, et non un acte d'administration.]

[5] Duranton, *Des contrats*, 1, n. 201.

[6] [C'est-à-dire ses récoltes, ses denrées, ses bois en coupe réglée, Delaporte, *Pand. fr.*, 2, p. 380; Demolombe, 8, n. 277. — Même son mobilier personnel, Demolombe, *ibid.*, n. 278. — *Contrà*, Troplong, *De la vente*, n. 167.]

[7] Les baux d'une plus longue durée ne sont pas en général des actes de pure administration. L'art. 1430 doit aussi recevoir ici son application, arg. art. 1718; Nîmes, 12 juin 1821. — [Il suit de là que le mineur émancipé ne peut renouveler le bail de ses biens ruraux plus de trois ans avant l'expiration du bail courant, et le bail de ses maisons plus de deux ans avant la même époque. V. l'arrêt précité; Troplong, *Du louage*, n. 146; Chardon, n. 566; Demolombe, 8, n. 272.]

[8] Colmar, 31 janv. 1826; Cass., 15 déc. 1832, S. V., 33, 1, 687. [Aux termes de ces arrêts, le mineur émancipé a capacité pour faire seul des acquisitions d'immeubles, et en conséquence la lésion qui se rencontre dans une telle acquisition donne lieu en faveur du mineur non à la rescision du contrat, mais seulement à la réduction du prix, Toullier, 6, n. 107; Marcadé, sur l'art.

cas [9], il peut transiger ou compromettre [10], excepté lorsqu'il s'agit d'un immeuble même acquis par lui [11], Pr., arg. art. 1003.

3° Il peut introduire une action mobilière ou défendre à toute action de cette nature [12], excepté s'il s'agit de capitaux qui lui sont dus [13], arg. art. 482.

4° Il peut même consentir seul une hypothèque, lorsque la dette qui motive l'hypothèque a été contractée régulièrement [14].

Cependant si l'émancipé gère mal son patrimoine, les engagements pris par lui peuvent être réduits et même annulés par les tribunaux, en ayant soin toutefois de prendre en considération l'état de la fortune de l'émancipé, la bonne ou la mauvaise foi des parties avec lesquelles il a contracté, l'origine et l'objet des dettes, art. 484 [15].

§ 241. *Des actes que l'émancipé ne peut faire qu'avec l'assistance de son curateur.*

L'émancipé doit être assisté de son curateur pour la validité de ses engagements dans les cas suivants :

481. — *Contrà*, Domat, liv. 4. tit. 6, sect. 2; Coulon, *Quest.*, 3, p. 541; Troplong, *De la vente*, 1, n. 167, selon lesquels les acquisitions d'immeubles ne peuvent être considérées comme des actes de pure administration. — Nous croyons avec Demolombe, 8, n. 293, qu'il faut distinguer entre les acquisitions faites avec les revenus que le mineur émancipé peut recevoir et dépenser, et les acquisitions faites avec des capitaux dont il n'a pas la libre disposition, art. 482. V. le paragraphe suivant.]

[9] [C'est-à-dire pour tous les actes de pure administration.]

[10] Duranton, 3, n. 668; [Carré, n. 3252; Chauveau sur Carré, *ibid.*; Fréminville, 2, n. 1077; Demolombe, 8, n. 282; *Dict. du cont. commerc.*, v° *Compromis*, n. 7.] Toullier, 2, n. 1298, est d'une opinion contraire, [ainsi que Marcadé, sur l'art. 484.]

[11] [Si l'acquisition d'immeubles est, en certains cas, un acte de pure administration, V. *sup.*, note 8, il en est autrement de leur aliénation. V. *inf.*, § 242.]

[12] [Duranton, 3, n. 669; Delvincourt, 1, n. 471; Pigeau, 1, p. 79; Toullier, 2, n. 1296; Proudhon, 2, p. 432; Marcadé, sur l'art. 481; Demolombe, 8, n. 283.]

[13] Duranton, 3, n. 669; Delvincourt, *ibid.*; [Pigeau, *ibid.*; Demolombe, 8, n. 284.—D'autres auteurs ne font pas cette distinction, V. Proudhon, Toullier, Marcadé, *ibid.*; ou la repoussent. V. Taulier, 2, p. 91.] V. cependant Maleville, sur l'art. 484.

[14] *Accessorium sequitur principale*, Locré, sur l'art. 484; Toullier, 2, n. 1298; Duranton, 3, n. 673; Favard, v° *Emancipation*, § 2, n. 4; [Chardon, n. 570; Delvincourt, 3, p. 154.] Proudhon, 2, n. 259, est d'une opinion contraire, [ainsi que Grenier, *Hyp.*, 1, p. 37; Magnin, 2, n. 1270; Marcadé, sur l'art. 484; Demolombe, 8, n. 289 et s. Cette dernière opinion est la nôtre, parce que pour hypothéquer il faut avoir la faculté d'aliéner, art. 2124; et parce que les biens des mineurs, sans distinction, ne peuvent être hypothéqués que pour les causes et suivant les formes autorisées par la loi.]

[15] V. la discussion sur cet article et Duranton, *Des contrats*, 1, n. 200. [Sauf cette exception, les actes qu'il est permis au mineur émancipé de faire seul ne peuvent être annulés que dans les mêmes cas que les actes des majeurs, d'où la conséquence que s'ils peuvent être annulés pour erreur, violence ou dol, ils ne peuvent l'être pour simple lésion, art. 1109, 1117, 1304 et 1305; Marcadé, sur l'art. 481.]

1° Pour recevoir les comptes de son tuteur[1], art. 480;

2° Pour donner à bail un immeuble pour plus de neuf ans, arg. art. 481[2];

3° Pour introduire une action immobilière[3], ou concernant son état[4], ou pour défendre à des actions de cette nature[5], art. 482 et arg. de l'art. 482;

4° Pour recevoir un capital mobilier[6] et en donner quittance[7], art. 482, ou pour le céder;

5° Pour aliéner des rentes sur l'État de 50 fr. et au-dessous[8]. L. 24 mars 1806;

6° Pour recevoir une donation, art. 935. V. art. 463;

7° Pour introduire une action en partage[9], ou (s'il s'agit d'une

[1] Le compte peut être rendu judiciairement ou extrajudiciairement, arg. art. 482; Duranton, 2, n. 610. V. cependant Toullier, 2, n. 1250; Agen, 10 nov. 1824. V. *sup*., § 230, note 6.

[2] Toullier, 2, n. 1296. [V. le paragraphe qui précède.]

[3] [Et par suite pour faire tout ce qui est nécessaire à la conduite de l'instance, acquiescer ou se désister, Cass., 27 mars 1832, S. V., 32, 1, 598; Demolombe, 8, n. 307.— *Contrà*, Duranton, 3, n. 690.]

[4] *Per argumentum à minori ad majus*, Turin, 14 juill. 1807. [D'après cet arrêt, la femme mineure demanderesse en nullité de son mariage doit être assistée de son curateur. V. Demolombe, 8, 311 et s.] V. cependant, sur la demande en séparation de corps, Vazeille, 2, n. 350.

[5] Si donc l'émancipé a été seul cité par le demandeur, il ne pourra être condamné par défaut, Merlin, *Rép*., v° *Curateur*, § 1, n. 6; v° *Appel*, sect. 1re, § 5, n. 9. [Mais réciproquement le mineur émancipé ne peut être valablement assigné en la personne de son curateur; il doit être assigné personnellement, et son curateur pour l'assister, Cass., 24 juin 1810; Pigeau, 1, p. 79; Duranton, 3, n. 682.]

[6] Capital mobilier.—Lorsque l'art. 482 fut décrété, l'art. 529 ne l'était pas encore. De là l'expression *mobilier*. [Il n'y a plus en effet aujourd'hui de capital immobilier; les rentes foncières mêmes sont mobilières.] V. Duranton, 3, n. 685.—D'après le droit actuel on peut encore immobiliser certains capitaux, tels que les rentes sur l'Etat, qui rentrent alors dans les dispositions de l'art. 484.—[Le mineur émancipé peut, avec la seule assistance de son curateur, faire toutes cessions de créances, Cass., 13 janv. 1840, S. V., 40, 1, 440.] — L'art. 482 s'applique encore aux capitaux provenant des épargnes du mineur. [En effet, cet article ne fait aucune distinction relativement à l'origine des capitaux], Proudhon, 2, n. 258; [Duranton, 3, n. 683; Marcadé, sur l'art. 482; Demolombe, 8, n. 299.] — *Contrà*, Locré, sur l'art. 481; [Toullier, 2, n. 1298; Taulier, 2, p. 93. — Le tuteur doit veiller à ce que ces capitaux soient convenablement placés, art. 482; [et en cas de négligence, il est responsable du défaut d'emploi, Demolombe, 8, n. 302; Marcadé, sur l'art. 482.] V. Maleville, sur cet article; Toullier, 2, n. 1297. [Selon ce dernier auteur, le défaut de surveillance ou la négligence du curateur ne peut donner lieu contre lui à aucune responsabilité; mais c'est une erreur. Le principe général de l'art. 1383 suffit, en l'absence d'une disposition spéciale, pour servir de base à la responsabilité du curateur. — Du reste, la surveillance n'est imposée qu'au curateur, et non au tiers qui paye, et qui dès lors ne peut être responsable du défaut d'emploi, Duranton, 3, n. 679; Fréminville, 2, n. 104; Demolombe, 8, n. 303.]

[7] Duranton, *Des contrats*, 1, n. 199. [V. *sup*., § 240.]

[8] Cette disposition s'applique aussi aux rentes sur particuliers, Duranton, 3, n. 688. — [*Contrà*, Demolombe, 8, n. 310, dont l'opinion doit être suivie.] — Relativement aux actions de la Banque, V. le décret du 25 sept. 1813, [qui en autorise le transfert par le mineur émancipé assisté de son curateur.]

[9] [Sans qu'il soit nécessaire d'avoir l'avis du conseil de famille : c'est ce qui résulte clairement de l'art. 840, Bordeaux, 25 janv. 1826; Toullier, 4, n. 407; Vazeille, sur l'art. 840, n. 2; Duranton, 3, n. 691; Marcadé, sur l'art. 482; Demolombe, 8, n. 304. — *Contrà*, Proudhon, p. 250;

femme mariée mineure) une demande en séparation de biens[10], art. 840 et arg. du même.

§ 242. *Des actes de l'émancipé pour lesquels il faut, avec l'assistance du curateur, l'autorisation du conseil de famille.*

A ces actes se rapportent :

1° Les emprunts[1], art. 483. V. art. 457;

2° Les aliénations d'immeubles, même dans le cas où ils auraient été acquis avec les épargnes de l'émancipé[2], art. 484. V. art. 457 et 458 ;

3° L'acceptation ou la répudiation d'une succession, arg. de l'art. 484. V. aussi art. 461 et 467 ;

4° Les transactions[3], arg. art. 484. V. art. 467;

5° L'acquiescement exprès ou tacite aux actions immobilières ou relatives à son état, intentées contre le mineur émancipé, arg. art. 484. V. art. 464 ;

6° L'aliénation des rentes sur l'État au-dessus de 50 fr., L. 24 mars 1806, art. 3[4].

Dans tous ces cas, il est de plus nécessaire de remplir toutes les formalités qui sont imposées au tuteur d'un mineur non émancipé[5]; ainsi, notamment, il faut faire homologuer par le tribunal

Delvincourt, 2, p. 347; Magnin, 2, n. 980.] — Ne peut-on pas induire de la combinaison des art. 840 et 482, que la demande serait régulièrement formée même sans le concours du curateur, si la succession était purement mobilière? V. Duranton, 7, n. 105; Chabot, sur l'art. 817. [Cette conclusion ne serait pas fondée : l'art. 840 ne fait aucune distinction, Demolombe, 8, n. 805; Marcadé, sur l'art. 482.]

[10] Duranton, 3, n. 691; Vazeille, *Du mar.*, 2, n. 350; [Demolombe, 8, n. 308.]

[1] Toullier, 2, n. 1196. V. § 241, note 6. [Bien qu'ils aient pour objet des dépenses d'administration, Delvincourt, 1, p. 126; Demolombe, 8, n. 319. V. Cass., 18 août 1841, S. V., 41, 1, 615; Bourges, 13 août 1838, S. V., 38, 2, 490; Paris, 25 juill. 1843, S. V., 43, 2, 379. — Et bien que le montant de l'emprunt ne dépasse pas une année des revenus du mineur, Marcadé, sur l'art. 483; Demolombe, *ibid.* — Le mineur émancipé ne peut non plus consentir un cautionnement sans l'autorisation du conseil de famille, Fréminville, 2, n. 1069; Demolombe, 8, n. 321. V. l'arrêt précité de Paris, du 25 juill. 1843. — Jugé que l'emprunt contracté par un mineur émancipé, spécialement par une femme mineure émancipée par son mariage, avec cession d'une somme égale à celle empruntée à prendre dans ses reprises, avec subrogation dans son hypothèque légale, doit être considéré non comme une cession de droits mobiliers qui n'excéderait pas sa capacité, mais comme un emprunt nul, faute d'observation des formalités prescrites par l'art. 483, Cass., 31 juill. 1850, S. V., 51, 1, 123.]

[2] [V. *sup.*, § 240. V. aussi Toullier, 2, n. 1295.]

[3] Le mineur émancipé ne peut compromettre hors des cas prévus au § 240, note 9, Pr., art. 1004 et art. 83.

[4] [On peut enfin poser comme règle générale que le mineur émancipé a besoin à la fois de l'assistance de son curateur et de l'autorisation du conseil de famille pour tous les actes dans lesquels le tuteur d'un mineur non émancipé a besoin de cette autorisation, Demolombe, 8, n. 324.]

[5] Locré, sur l'art. 484. Comme dans plusieurs cas la loi laisse dans le doute si un contrat doit être soumis à la règle du § 241 ou à celle du présent paragraphe, [c'est-à-dire s'il suffit de l'as-

la délibération du conseil de famille qui, de son côté, doit tenir compte des projets et de la volonté de l'émancipé [6]. L'émancipé est d'ailleurs dispensé de l'observation de toutes ces formalités dans les cas où le tuteur lui-même en serait dispensé. V. du reste *inf.*, au titre *Des obligations*, la théorie de la restitution en entier.

§ 243. *De la fin de la curatelle.*

La curatelle des mineurs émancipés cesse :

1° Par la mort ;

2° Par la majorité de celui qui y est soumis;

3° Par la révocation de l'émancipation. — Le bienfait de l'émancipation peut être retiré à l'émancipé, soit que des engagements pris par lui aient été ou réduits ou annulés [1], conformément à la disposition de l'art. 484, V. § 240; soit qu'en général la conduite de l'émancipé ait été mauvaise [2]; mais à la charge d'accomplir [3] les formalités suivies lorsque l'émancipation a été accordée, art. 485 [4]. Le mineur rentre alors sous le pouvoir de son tuteur légal à partir de la révocation de l'émancipation, et, à défaut de tuteur légal, sous le pouvoir d'un tuteur qui doit être nommé par le conseil de famille [5],

sistance du curateur, ou s'il faut de plus l'autorisation du conseil de famille], il convient de conseiller toujours de faire trop plutôt que trop peu.

[6] Toullier, 2, n. 1298. C'est pourquoi l'art. 483 n'impose point, comme l'art. 457, § 2, au conseil de famille l'obligation de ne donner son consentement que dans les cas de nécessité, ou en considération d'un avantage évident. [Il nous semble au contraire plus rationnel de décider que dès que l'autorisation du conseil de famille est exigée, elle ne doit être donnée qu'en connaissance de cause, c'est-à-dire pour obéir à une nécessité ou obtenir un avantage, Demolombe, 8, n. 232.]

[1] [Il n'est pas nécessaire qu'ils aient été réduits ou annulés; il suffit qu'ils soient réductibles ou annulables. Il faut ici s'attacher non à l'effet, mais à la cause, Marcadé, sur l'art. 485; Demolombe, 8, n. 346.]

[2] Delvincourt, sur l'art. 485. [Par exemple, s'il se livrait à des habitudes de désordre ou de débauche, Demolombe, 8, n. 357.]

[3] Si l'enfant a été émancipé par le père ou la mère et que ceux-ci viennent à mourir, c'est au conseil de famille qu'il appartient de révoquer l'émancipation, Duranton, 6, n. 675; [Marcadé, sur l'art. 485; Demolombe, 8, n. 358.]

[4] [C'est-à-dire que, selon les cas, l'émancipation cesse par une déclaration du père ou de la mère, ou par une déclaration du conseil de famille ; et il nous paraît incontestable que le mineur a le droit de se pourvoir devant les tribunaux contre la déclaration ou la délibération qui lui retire l'émancipation. On ne peut en effet rendre le père, la mère ou le conseil de famille, juges absolus du point de savoir si l'émancipé se trouve dans un cas de révocation, Delvincourt, sur l'art. 485. — *Contrà*, Magnin, 1, p. 782; Demolombe, 8, n. 359.]

[5] Toullier, 2, n. 1303; Duranton, 3, n. 676. [Le mineur rentre en tutelle, en ce sens qu'il redevient incapable comme avant son émancipation, et qu'il a besoin d'un tuteur; mais il ne faudrait pas conclure de là que la tutelle qui a pris fin par son émancipation recommence avec son même personnel. Sans doute, le tuteur légal, père, mère ou ascendants, (*Contrà*, en ce qui touche les ascendants, Marcadé, sur l'art. 485) reprend

et il y reste jusqu'à ce qu'il ait atteint sa majorité, art. 486 [6].

L'émancipation ne peut être révoquée [7] lorsqu'elle a eu lieu tacitement par l'effet du mariage, art. 476, et arg. art. 485 [8].

SECTION II. — DES CURATEURS QUI REPRÉSENTENT UN INDIVIDU.

§ 244. *Du curateur des absents et des morts civilement. — Du curateur au ventre.*

[Lorsque l'existence d'un individu est incertaine ; lorsqu'elle n'est pas reconnue par la loi ; lorsque cette existence n'est qu'une éventualité future, la loi, veillant aux intérêts de ceux qui, dans ces divers cas, ne peuvent y veiller eux-mêmes, leur donne un curateur chargé de la représenter. C'est ce qui a lieu dans les trois hypothèses suivantes :]

1° Le tribunal compétent peut nommer un curateur à l'absent et à tous ceux qui lui sont assimilés par la loi quant à l'administration de leur fortune. V. § 70 et 95, art. 28 ; I. cr., art. 471 [1].

2° Le mort civilement ne peut ester en justice comme demandeur ou comme défendeur que sous le nom et par *l'intermédiaire* d'un curateur. Ce curateur lui est nommé, chaque fois que son intervention est nécessaire, par le tribunal compétent pour connaître de l'affaire qui l'intéresse [2], art. 25. V. § 65 et s.

3° Si au décès du mari la femme se déclare [3] enceinte, le con-

de plein droit les fonctions qu'il tient de la loi ; mais il en est autrement du tuteur datif, et même du tuteur testamentaire, dont les pouvoirs, expirés par l'effet de l'émancipation, ne pourraient plus renaître que par une nouvelle manifestation de la volonté qui leur avait donné une première fois l'existence, Proudhon, 2, p. 266 ; Magnin, 1, p. 783 ; Demolombe, 8, n. 564 et s.] L'usufruit légal revit-il? L'affirmative paraît devoir être adoptée. [L'émancipation cessant, ses effets doivent cesser ; et conséquemment l'usufruit légal doit revivre, puisqu'il n'avait pris fin que par l'effet de l'émancipation, Proudhon, 2, n. 267 ; Demolombe, 6, n. 555 et s. ; 8, n. 362. — *Contrà*, Toullier, 2, n. 1305 ; Duranton, 3, n. 396 ; Marcadé, sur l'art. 385. — V. *sup.*, § 189, note 17.]

[6] [Il ne peut donc plus être émancipé de nouveau, Demolombe, 8, n. 367.]

[7] Locré, sur l'art. 485 ; Duranton, 3, n. 675 ; Vazeille, 2, n. 465 ; Favard, *cod. verb.*, § 2, n. 6 ; [Demolombe, 8, n. 368.] En sens contraire, Delvincourt, sur l'art. 486.

[8] [L'émancipation peut être retirée au mineur autorisé à faire le commerce, et, dans ce cas, ce retrait entraîne la révocation de l'autorisation de faire le commerce. Mais cette autorisation ne peut lui être retirée directement et isolément. V. Massé, 3, n. 91. — V. *Contrà*, Demolombe, 8, n. 352 et s., qui pense que cette autorisation peut être retirée directement et isolément.]

[1] [V. le titre de l'*Absence*.]

[2] [Ce curateur ne peut être nommé par le conseil de famille ; il doit nécessairement être nommé par le tribunal, Toullier, 1, n. 285.]

[3] Il suffit que la femme se déclare enceinte, *si uxor se prægnantem esse dicit*. Aucune preuve n'est alors nécessaire. La loi 1, § 1, Dig., *De ventre in poss. mitt.*, n'est pas suivie ; *propter castitatem temporum nostrorum*, Delvincourt, sur l'art. 393 ; [Aix, 19 mars 1807.]

seil de famille doit nommer un curateur au ventre. Ce curateur a, relativement à l'hérédité qui attend l'enfant à naître, les mêmes droits et les mêmes devoirs qu'un tuteur, avec cette différence cependant qu'il doit, autant que possible, laisser les choses dans l'état où il les trouve jusqu'à l'accouchement de la femme. Il doit encore veiller à ce que l'héritage revienne aux véritables héritiers, c'est-à-dire à ce qu'il n'y ait pas supposition de part[4]. Si l'enfant naît vivant, sa mère en est tutrice, V. cep. art. 394; et le curateur au ventre est de droit subrogé tuteur[5], art. 393. — V. aussi § 70.

SECTION III. — DES CURATEURS PRÉPOSÉS A L'ADMINISTRATION DE CERTAINS BIENS.

§ 245. *Des curateurs aux successions vacantes; au bénéfice d'inventaire; aux substitutions; au délaissement par hypothèque.*

[La loi a également pourvu à l'administration des biens dont le propriétaire est incertain, par la nomination de curateurs qui, sans représenter spécialement aucun individu, sont préposés à ces biens et les administrent dans l'intérêt de qui de droit.]

Il y a lieu de nommer des curateurs de cette espèce dans les cas suivants :

1° Dans le cas des art. 811 et s., pour une succession vacante;

2° Dans le cas de l'art. 996 Pr., pour un bénéfice d'inventaire;

3° Dans le cas des art. 1048 et s., pour une substitution[1];

4° Dans le cas de l'art. 2174, pour un immeuble délaissé par hypothèque.

Il sera traité de ces différents curateurs en leur lieu et place.

[4] V. sur le curateur au ventre, Locré et Delvincourt, sur l'art. 493; Toullier, 2, n. 1100; Duranton, 3, n. 428 et s.; Dig., *De ventre in poss. mittendo*, et *Curat. ventris*. [V. aussi Marcadé, sur l'art. 393.]

[5] A moins que la mère n'ait d'autres enfants mineurs. Dans ce cas, leur subrogé tuteur est aussi le subrogé tuteur du posthume, Delvincourt, sur l'art. 393. [On peut même aller plus loin, et dire que dans ce cas il n'y a pas lieu de nommer un curateur au ventre : le subrogé tuteur donné à la femme à raison des enfants mineurs dont elle a la tutelle en remplirait les fonctions, Marcadé, sur l'art. 393.]

[1] Le Code donne la dénomination de *tuteur*, et non de *curateur*, à la personne instituée pour l'exécution d'un fidéicommis. Le choix de cette expression ne s'accorde pas avec son sens juridique.

CHAPITRE III.

DU CONSEIL JUDICIAIRE.

§ 246. *Généralités.*

Le conseil judiciaire peut être assimilé au curateur d'un mineur émancipé, quoique ses attributions soient moins étendues. Ce qui a été dit au § 235, sur le curateur, s'applique donc également au conseil judiciaire. Ainsi lorsque, par exemple, il s'élève une difficulté entre le faible d'esprit ou le prodigue et son conseil, le tribunal doit nommer un conseil *ad hoc*, à moins que, d'après les circonstances, il ne juge préférable de nommer un autre conseil[1].

Le conseil que le mari est autorisé à donner à la femme pour l'administration de la tutelle des enfants communs, § 247, se rapproche plutôt d'un devoir de bienveillance que d'une charge publique[2]; c'est plutôt le conseiller de la femme, qu'un conseil dans le sens propre du mot[3]. Il en résulte que le conseil ainsi donné à la femme n'est pas tenu d'accepter cette mission[4]; il en résulte

[1] Turin, 12 avril 1808. Si le conseil refuse son assistance, la personne pour laquelle il avait été nommé peut-elle s'adresser au tribunal? [Elle peut, si le refus est abusif, provoquer la révocation de son conseil, ou la nomination d'un conseil *ad hoc*, selon les circonstances; mais celui auquel l'assistance d'un conseil est nécessaire ne pourrait faire suppléer à cette assistance par l'autorisation de la justice, Orléans, 15 mai 1847, S. V., 47, 2, 567; Besançon, 11 janv. 1851, S. V., 51, 2, 75; Demolombe, 8, n. 762. — *Contrà*, Magnin, 1, n. 900; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 278, qui pensent que dans ce cas il suffit de l'autorisation de la justice. — Sur le refus de concours du conseil donné à la mère tutrice, V. *inf.*, la note 5. — Si au contraire le refus d'agir vient de celui à qui a été donné un conseil judiciaire, ce conseil judiciaire peut-il agir seul? Non; le conseil n'est donné que pour *assister* celui qui veut faire, et non pour contraindre celui qui ne veut pas faire, Cass., 20 mai 1806; Paris, 3 fév. 1841, S. V., 41, 2, 224; Toullier, 2, n. 1366 et 1382; Favard, v° *Cons. jud.*, n. 16; Duranton, 3, n. 796; Magnin, 1, n. 900; Marcadé, sur l'art. 513; Demolombe, 8, n. 764 et s. — *Contrà*, Paris, 26 juin 1838, S. V., 38, 2, 417. — Toutefois, le conseil mis en cause avec le prodigue peut défendre à la demande en l'absence de ce dernier, et spécialement former opposition au jugement par défaut rendu tant contre lui, en sa qualité, que contre la personne qu'il est chargé d'assister, Cass., 8 déc. 1841, S. V., 42, 1, 60; 27 déc. 1843, S. V., 44, 1, 346.]

[2] Il y a controverse sur le point de savoir si les fonctions du conseil, relativement à l'obligation d'accepter la nomination, doivent être considérées comme une charge publique. V. Merlin, *Rép.*, v° *Tutelle*. [Nous croyons que celui qui a été nommé conseil judiciaire n'est pas tenu d'accepter ces fonctions. C'est ce qu'on doit induire du silence du Code sur ce point, rapproché des principes de l'ancienne jurisprudence, Demolombe, 8, n. 710.]

[3] L'art. 391, § 1, se sert, en parlant de ce conseil, du mot *avis*. [V. cependant le paragraphe suivant.]

[4] [Demolombe, 7, n. 86. V. *sup.*, note 2. — Par la même raison, après avoir accepté, il peut se démettre.]

également que les actes de la mère tutrice, accomplis sans l'assistance de ce conseil, sont moins altérés par ce défaut de concours que s'il s'agissait d'un conseil ordinaire, à moins toutefois que le mari n'ait expressément subordonné sa femme au concours de son conseil[5].

La nomination d'un conseil a lieu dans trois cas. V. les § 247 et s.

SECTION Ire. — DU CONSEIL QUE LE MARI EST AUTORISÉ A DONNER A SA FEMME.

§ 247. *Attributions et responsabilité de ce conseil. — Durée de ses fonctions.*

Le mari peut donner un conseil de tutelle à sa femme pour le cas où elle deviendra, par sa mort, tutrice des enfants communs. Le but de la loi, en accordant ce droit au mari en même temps qu'elle lui refusait celui d'exclure la mère de la tutelle, a été de concilier autant que possible l'intérêt du mineur et les droits de la mère[1]. — Cette nomination d'un conseil a lieu par acte de dernière volonté, ou par déclaration devant le juge de paix. V. § 208[2]. — Lorsque le mari a pourvu sa femme d'un conseil, elle ne peut faire aucun acte de tutelle sans son assistance[3], à moins que le mari n'ait limité à certains actes la nécessité de cette assistance, auquel cas la femme est habile à faire seule tous les autres actes de tutelle. Le droit du mari de déterminer les pouvoirs du conseil ne va pas jusqu'à retirer à la femme l'administra-

[5] Delvincourt, sur l'art. 391. En faveur de cette restriction, on peut invoquer le § 2 de l'art. 391, dans lequel on se sert par exception du mot *assistance* en parlant du conseil. [Notre auteur se trompe sur le sens de l'art. 391. Cet article, en disant que la femme ne peut faire *sans l'avis* de son conseil aucun acte relatif à la tutelle, entend évidemment parler d'un *avis conforme*, et, comme le dit le deuxième alinéa du même article, d'une *assistance* sans laquelle elle est *inhabile*, Demolombe, 8, n. 92. — En cas de dissentiment entre la mère et le conseil, elle doit s'abstenir, selon Marcadé, sur l'art. 391 ; elle doit s'adresser au tribunal, selon Chardon, *Puiss. tut.*, n. 21; ou au conseil de famille, selon Demolombe, 8, n. 95. Nous pensons qu'elle doit s'adresser au conseil de famille qui l'autorisera.— Sur le refus de concours du conseil judiciaire, en général, V. *sup.*, note 1.]

[1] V. la discussion sur l'art. 391.—[Sur le caractère de ce conseil, V. le paragraphe qui précède.]

[2] [Il n'est pas nécessaire que l'acte de dernière volonté portant nomination d'un conseil judiciaire soit un testament, en ce sens qu'il doive renfermer une disposition de biens; mais c'est un testament en ce sens qu'il est soumis aux formes testamentaires, olographes, authentiques ou mystiques. — Si cette nomination n'est pas faite par une déclaration devant notaire, elle doit être faite devant le juge de paix, c'est-à-dire devant le juge de paix du domicile du déclarant, et non devant *un* juge de paix quelconque. — *Contrà*, Demolombe, 7, n. 83 ; Marcadé, sur l'art. 391.]

[3] Le conseil peut, dans ce cas, être comparé au *tutor honorarius notitiæ causâ datus* du droit romain, L. 32, § 1, Dig., *De test. tut.*; L. 14, § 6, Dig. *De solut.* [V. le paragraphe précéd., note 5.]

tion de la tutelle[4]; ou à subordonner l'exercice du droit de puissance paternelle de la femme à l'assistance du conseil[5].

Le conseil est soumis, dans les limites de ses pouvoirs, à la responsabilité du droit commun[6]. Sa nomination ne modifie ni les attributions du subrogé tuteur, ni celles du conseil de famille[7].

Les pouvoirs du conseil cessent lorsque la mère vient à refuser, à résigner ou à perdre la tutelle[8]. S'il arrive que le conseil ne puisse pas exercer les fonctions qui lui ont été conférées; si, par exemple, il meurt avant le père, ou s'il ne veut pas s'en charger, ni le conseil de famille, ni le tribunal ne peuvent en nommer un autre pour le remplacer[9]. V. art. 391 et 392.

SECTION II. — DES CONSEILS DONNÉS AUX PERSONNES FAIBLES OU MALADES D'ESPRIT, ET AUX PRODIGUES.

§ 248. *Quand et comment on nomme un conseil à une personne à cause de la faiblesse de ses facultés mentales.*

Dans tous les cas de nature à motiver une demande en interdiction, les personnes recevables à la former peuvent se borner tout d'abord à demander la nomination d'un conseil judiciaire pour faiblesse[1] ou maladie d'esprit[2]. De plus, si le tribunal, après que la demande en interdiction a été formée, ainsi qu'il est dit au § 234, croit devoir repousser cette demande, il peut[3] néanmoins encore, d'après les circonstances, c'est-à-dire si celui contre lequel

[4] Bruxelles, 21 mai 1806; [Gênes, 10 août 1811; Magnin, 1, n. 450.]

[5] Locré et Delvincourt, sur l'art. 391; Toullier, 2, n. 1197; [Fréminville, 1, 40; Demolombe, 7, n. 90.]

[6] V. § 237, le texte et la note 6. [Le conseil est donc responsable de ses fautes, sauf aux tribunaux à déterminer la gravité et l'imputabilité de la faute, Demolombe, 7, n. 102. — *Contrà*, Marcadé, sur l'art. 391. Il n'y a pas lieu de distinguer, comme le fait Delvincourt, 1, p. 428, entre le cas où le conseil a empêché un acte utile, et celui où il a consenti à un acte préjudiciable : les tribunaux sont juges. — Du reste, la responsabilité du conseil ne fait pas disparaître celle de la mère, lors même qu'elle aurait agi conformément à l'avis du conseil, Delvincourt, 1, p. 426.]

[7] Douai, 17 janvier 1820.

[8] Duranton, 3, n. 421, [et le tuteur qui la remplace n'est pas soumis à l'assistance du conseil.]

[9] Duranton, *loc. cit.*; [Magnin, 1, n. 451; Demolombe, 7, n. 105.] Bousquet, sur l'art. 491, est d'une opinion contraire. [Mais cette opinion ne doit pas être suivie : le père seul peut donner un conseil à la femme; c'est une suite de son autorité maritale et paternelle.]

[1] Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. 1, § 1, art. 1, n. 3; Agen, 4 mai 1836, S. V., 36, 2, 560. — *Contrà*, Delvincourt, sur l'art. 499. [L'opinion de Delvincourt ne doit pas être suivie : le tribunal saisi d'une demande en interdiction peut se borner à nommer un conseil, art. 499; on peut donc demander à ce tribunal ce qu'il a le droit d'accorder, Marcadé, sur l'art. 499. — On peut même, après avoir en première instance demandé l'interdiction, conclure subsidiairement en appel pour la première fois à la nomination d'un conseil, Paris, 26 therm. an XII. — *Contrà*, Orléans, 16 déc. 1806.]

[2] Par exemple, aux personnes chez lesquelles le grand âge amène la faiblesse d'esprit, Cass., 21 fruct. an X; Riom, 4 mai 1825; [aux sourds-muets, Lyon, 14 janv. 1812.]

[3] En première instance ou en appel.

la demande est dirigée n'est pas tout à fait, mais jusqu'à un certain point seulement, incapable d'administrer ses biens, lui nommer un conseil judiciaire, art. 499.

Un conseil judiciaire peut de même être nommé au prodigue [4], c'est-à-dire à l'homme qui dissipe follement sa fortune d'une manière inintelligente ou indigne [5]. Cette nomination est faite par le tribunal de son domicile, sur la demande des personnes qui, aux termes de l'art. 490, peuvent provoquer l'interdiction; le prodigue [6] lui-même peut en faire la demande, mais non le ministère public [7]. La procédure est la même que dans le cas d'interdiction, art. 513 et 514 [8].

Dans les deux cas, c'est-à-dire soit qu'il s'agisse d'un conseil

[4] La curatelle du prodigue de l'ancien droit français n'a été maintenue par le Conseil d'Etat qu'après une longue délibération, et non dans toute son étendue. Elle paraissait un danger pour la liberté civile. Elle est inconnue dans le droit anglais. V. Merlin, *Rép.*, v° *Prodigue*; Disc. sur l'art. 513; [Demolombe, 8, n. 690 et s.]

[5] [Sur les caractères de la prodigalité, V. Toullier, 2, n. 1370; Demolombe, 8, n. 692. — On peut définir le prodigue celui qui dissipe follement son patrimoine. Les tribunaux ont, du reste, sur ce point, un pouvoir souverain d'appréciation dont l'exercice échappe à la censure de la Cour de cassation, Cass., 4 juill. 1838, S. V., 38, 1, 654; Toullier, 2, n. 1371; Duranton, 3, n. 798. — Un conseil peut être donné au prodigue, quelque modique que soit sa fortune, Turin, 20 fév. 1807; — à la femme, bien qu'elle soit en puissance de mari, Cass., 4 juill. 1838, S. V., 38, 1, 653; Rennes, 7 déc. 1840, S. V., 41, 2, 423; alors du moins qu'elle est séparée de biens, Montpellier, 14 déc. 1841, S. V., 42, 1, 310; car si elle était mariée sous le régime de la communauté et qu'elle n'eût l'administration d'aucun de ses biens, la nomination d'un conseil lui serait tout à fait inutile. Aussi a-t-il été jugé avec raison que le mariage d'une femme pourvue d'un conseil judiciaire fait cesser les effets de la dation de ce conseil, alors que les époux sont mariés sous le régime de la communauté, Nancy, 3 déc. 1838, S. V., 39, 2, 283.—*Contrà*, Demolombe, qui invoque un arrêt de Caen, du 5 juill. 1843. Du reste, même sous le régime de la communauté, si le mari était absent, Cass., 9 mai 1829; si lui-même était interdit ou pourvu d'un conseil, Rennes, 7 déc. 1840, S. V., 41, 2, 423, la femme pourrait recevoir un conseil judiciaire. — Le mineur lui-même peut être pourvu d'un conseil judiciaire, de même qu'il peut être interdit. V. *sup.*, § 233; Nîmes, 22 avril 1839, S. V., 39, 2, 433; Trib. de Châteauroux, 25 nov. 1845; et Bourges, 5 mai 1846, S. V., 46, 2, 329; Demolombe, 8, n. 443 et 696.]

[6] Telle était du moins la décision de l'ancienne jurisprudence, Toullier, 2, n. 1373. V. cependant Duranton, 3, n. 803. [Il faut décider que le prodigue ne peut pas plus demander un conseil judiciaire qu'un incapable d'une autre espèce ne pourrait provoquer sa propre interdiction. V. *sup.*, § 234; Demolombe, 8, n. 701.]

[7] Observations du Tribunat sur l'art. 514; Toullier, 2, n. 1372; Duranton, 3, n. 803. En sens contraire, Delvincourt, sur l'art. 514. [Le ministère public peut poursuivre la nomination d'un conseil judiciaire dans tous les cas où il pourrait poursuivre l'interdiction, art. 514, c'est-à-dire quand il n'a ni conjoints, ni parents connus. V. Besançon, 29 août 1810.]

[8] [Il faut donc un interrogatoire comme en matière d'interdiction. V. *sup.*, § 235; Bourges, 2 fruct. an XIII; Cass., 4 juill. 1838, S. V., 38, 1, 654; et 26 janv. 1848, S. V., 48. 1, 177. Il y a plus : une lettre écrite par le défendeur et contenant l'aveu des faits sur lesquels s'appuie la demande ne saurait tenir lieu de l'interrogatoire, *même arrêt*.— Mais, pas plus en matière de conseil judiciaire qu'en matière d'interdiction, il n'y a nullité pour omission dans la requête des noms des témoins et de l'indication des pièces justificatives, *même arrêt*.]

judiciaire pour faiblesse ou maladie d'esprit ou pour prodigalité, le jugement doit être rendu sur les conclusions du ministère public, art. 515 ; Pr., art. 83, 892. — Dans les deux cas, le conseil est nommé par le tribunal [9], qui peut, à son gré, choisir pour cette fonction un étranger ou un parent [10]. — Dans les deux cas, le jugement qui nomme le conseil judiciaire doit, comme le jugement d'interdiction, V. § 234, être rendu public dans les formes déterminées par la loi [11], art. 501, 515; Pr., art. 897. — Dans les deux cas encore, celui auquel il a été nommé un conseil ne peut être réintégré dans la pleine jouissance de sa liberté civile [12] qu'en observant les mêmes formes que celles qui ont été suivies pour la nomination de ce conseil, art. 512, 514 [13].

§ 249. *Des actes pour lesquels l'assistance du conseil judiciaire est requise.*

Celui auquel il a été donné un conseil judiciaire, dans les cas énoncés au § 248, peut, en règle générale, faire seul et sans l'assistance de ce conseil tous les actes de la vie civile [1]. Ainsi il peut administrer son patrimoine [2], par conséquent aliéner ses meu-

[9] [Le conseil judiciaire ne peut donc être ni testamentaire, ni légitime, ni même datif, en ce sens qu'il ne peut être donné par le conseil de famille, Demolombe, 8, n. 708.]

[10] On prend habituellement pour conseil un homme d'affaires. [Il y a même convenance à le choisir en dehors de la famille, Amiens, 25 therm. an XIII.] On peut nommer plusieurs conseils à la même personne. V. Toullier, 2, n. 1377. [V. aussi Taulier, 2, p. 132; Chardon, *Puiss. tut.*, n. 267. — Nous croyons plus simple et plus rationnel de ne nommer qu'un seul conseil, comme on ne peut nommer qu'un tuteur, Demolombe, 8, n. 711.]

[11] [Décidé que le jugement par défaut portant dation d'un conseil judiciaire doit être réputé suffisamment exécuté, et par suite est à l'abri de la péremption, dès qu'il a été signifié, publié et affiché, encore bien qu'aucunes poursuites n'aient été exercées pour le payement des frais de l'instance, Cass., 12 mai 1851, S. V., 52, 1, 131.]

[12] La demande peut aussi être formée par celui auquel le conseil a été donné, Bruxelles, 31 mars 1808; [et généralement par tous ceux qui auraient eu qualité pour demander la nomination d'un conseil judiciaire, Rennes, 16 août 1838, S. V., 39, 2, 284.]

[13] [Il suit de là que le décès du conseil ne rétablit pas le prodigue dans l'exercice de ses droits; son incapacité continue, et il y a lieu de lui nommer un nouveau conseil, soit à la requête de toute partie intéressée, soit à sa propre requête, Demolombe, 8, n. 776.]

[1] [Le conseil est donné, non à la personne, mais aux biens : d'où la conséquence que celui qui en est pourvu reste toujours maître de sa personne; d'où la conséquence encore qu'il peut se marier sans l'assistance de son conseil, Demolombe, 8, n. 718; Marcadé, sur l'art. 513. Mais si pour le mariage on dressait un contrat impliquant des actes que le prodigue ne peut faire seul, le conseil devrait intervenir pour la validité des conventions, Marcadé, *ibid.*; Demolombe, 8, n. 740. V. *inf.*, note 15.—De même, le prodigue ne pourrait plaider sans l'assistance de son conseil sur les contestations auxquelles donnerait lieu la célébration du mariage, par exemple, sur les oppositions formées à ce mariage et dont le prodigue demanderait la mainlevée, Toulouse, 2 déc. 1839, S. V., 40, 2, 161; Besançon, 11 janv. 1851, S. V., 51, 2, 75.—D'où la conséquence encore que le prodigue peut reconnaître un enfant naturel, Demolombe, *ibid.*; Marcadé, *ibid.*]

[2] [Faire tous actes conservatoires,

bles[3], acheter[4], et en général contracter[5]; il peut aussi tester[6].

Mais cependant[7], à partir du délai fixé par l'art. 502[8], il a besoin de l'assistance de son conseil dans les cas spécialement déterminés qui suivent :

1° Pour ester en justice, comme demandeur ou comme défendeur[9];

2° Pour transiger[10];

3° Pour faire un emprunt[11];

4° Pour recevoir un capital mobilier et en donner décharge[12];

Montpellier, 1er juill. 1840, S. V., 40, 2, 314; Demolombe, 8, n. 751.]

[3] Duranton, *Des contrats*, 1, n. 225; Delvincourt, sur l'art. 513; [Demolombe, 8, n. 729.]

[4] [Pourvu toutefois que l'achat pût être payé avec les revenus du prodigue, et qu'il fût ainsi de nature à être rangé parmi les actes d'administration.]

[5] A moins que sous un acte licite on ne dissimulât un acte défendu à celui qui est assisté d'un conseil, Duranton, *Des contrats*, 1, n. 225; [Demolombe, 8, n. 722; Cass., 5 août 1840, S. V., 40, 1, 907.]

[6] Duranton, 3, n. 801; 8, n. 167. En ayant égard à la réserve de l'art. 901, Merlin, *Rép.*, v° *Testament*, sect. 1, § 1, art. 1, n. 3; Cass., 6 juin 1821; Dalloz, *Jur. gén.*, 1re édit., v° *Disp. entre vifs*, ch. 2, sect. 1, art. 1. [La défense d'aliéner faite à l'individu pourvu d'un conseil judiciaire n'emporte pas défense de tester, parce que celui qui dispose pour le moment où il ne sera plus n'aliène pas à proprement parler. Aux autorités précitées, *adde*, Aix, 14 fév. 1808; Orléans, 12 août 1819; Toullier, 5, n. 59; Grenier, *Des donat.*, 1, n. 107; Proudhon, 2, p. 380; Vazeille, sur l'art. 901, n. 8; Poujol, *ibid.*, n. 8; Demolombe, 8, n. 734 et s. — Chardon, *Puiss. tut.*, distingue, mais à tort, entre le cas où le conseil judiciaire est donné à un prodigue, et le cas où il est donné à un faible d'esprit, pour refuser au faible d'esprit la faculté de tester. Le recours à l'art. 901 suffit pour protéger tous les intérêts légitimes. V. Cass., 19 déc. 1814.]

[7] Le tribunal qui nomme un conseil ne peut, en même temps, spécifier les actes dans lesquels son concours sera nécessaire, Toullier, 2, n. 1374. [En d'autres termes, le jugement qui nomme le conseil judiciaire ne peut ni retrancher ni ajouter à l'énumération des actes pour lesquels l'assistance de ce conseil est requise, Demolombe, 8, n. 720.]

[8] V. ci-dessus, § 234, dans le texte et à la note 20; Favard, v° *Conseil judic.*, § 5. [C'est-à-dire, à partir du jour du jugement. Sur le point de savoir si le jugement peut être opposé aux tiers avant d'avoir été publié et affiché, V. *sup.*, § 234, notes 18 et 19.]

[9] Locré, sur l'art. 499. [Soit qu'il s'agisse d'une action mobilière, soit qu'il s'agisse d'une action immobilière : l'art. 513 ne distingue pas, Demolombe, 8, n. 723. — Du reste, le conseil et celui qu'il assiste procèdent conjointement. Le conseil ne pourrait constituer, pour le représenter, un avoué distinct de celui qui est constitué par l'assisté, Pau, 2 janv. 1849, S. V., 49, 2, 291.]

[10] [Même pour une contestation relative à des meubles. V. la note qui précède.]

[11] [Par suite, les obligations personnelles qu'il contracte ne peuvent être exécutées ni sur sa personne, ni sur ses meubles, ni sur ses immeubles.]

[12] [Le conseil a donc le droit d'en exiger et d'en surveiller l'emploi, puisque autrement son assistance deviendrait illusoire, Caen, 6 mai 1850, S. V., 50, 2, 592; Demolombe, 8, n. 726. — *Contrà*, Rolland de Villargues, v° *Cons. jud.*, n. 36.—Il a été jugé que lorsqu'une succession vient à échoir au prodigue, il a le droit de faire procéder, seul et sans l'assistance de son conseil, à l'inventaire du mobilier et de se saisir des deniers comptants ou autres valeurs qui peuvent en faire partie, Rouen, 19 avril 1847, S. V., 47, 2, 363. Nous croyons, au contraire, qu'il importe peu que le capital provienne d'un tiers ou d'une succession à laquelle est appelé le prodigue; dans l'un comme dans l'autre cas, il faut recevoir ce capital, et dès lors l'assistance du conseil est requise. V. Demolombe, 8, n. 301 et 728.]

5° Pour aliéner ses immeubles [13] ou consentir une hypothèque [14] ;

6° Pour faire une donation [15], art. 499 et 513.

Dans les différents cas où l'assistance du conseil est requise, il doit concourir de sa personne aux actes et y donner son consentement [16]. Faute de satisfaire à cette obligation, les actes dont il

[13] [Cette prohibition ne s'applique pas aux aliénations de meubles qui peuvent être considérées comme des actes d'administration, c'est-à-dire quand il s'agit de choses fongibles, ou du mobilier personnel au prodigue. V. Demolombe, 8, n. 729; mais quand, d'après l'importance ou la nature des meubles, l'aliénation dépasse les limites d'une simple administration, ou quand elle peut être considérée comme la réalisation d'un capital, elle ne peut s'effectuer sans l'assistance du conseil : c'est ce qui a lieu pour la vente des rentes sur l'État ou sur particuliers, et les actions industrielles, sans qu'il y ait lieu de distinguer, comme au cas de minorité, V. *sup.*, § 221, selon la valeur des rentes ou des actions, Demolombe, 8, n. 727;. . et pour l'aliénation d'un capital à titre de rente viagère.]

[14] Une hypothèque judiciaire et une hypothèque légale peuvent être acquises sur ces biens, Duranton, *Des contrats*, 1, n. 225 et 226. [Quant à l'hypothèque judiciaire, comme elle ne peut résulter que d'un jugement valable, et qu'il n'y a pas de jugement valablement rendu contre le prodigue sans l'assistance de son conseil, il en résulte que l'assistance de ce conseil est nécessaire pour la constitution de l'hypothèque judiciaire. Quant à l'hypothèque légale, comme elle ne résulte pas d'une convention, mais de la seule force de la loi, l'assistance du conseil n'est pas nécessaire à son établissement. L'assistance du conseil n'est même pas nécessaire pour la validité de l'acte d'où dérive l'hypothèque légale, par exemple, pour la validité du mariage du prodigue, bien qu'elle puisse être nécessaire pour la validité du contrat de mariage. V. *sup.*, note 1; Marcadé, sur l'art. 513.]

[15] *Ex ratione legis*, Delvincourt, sur l'art. 513; Duranton, *Des contrats*, 1, n. 227, et *Cours de dr.*, 8, n. 167; Merlin, *Rép.*, v° *Test.*, *passim*; [Demolombe, 8, n. 736 et s. Donner, c'est aliéner.]—Cependant, le cas où la personne pourvue d'un conseil a constitué une dot à son enfant paraît devoir être excepté de cette règle, Pau, 25 juin 1806.—[Nous ne voyons, quant à nous, aucune raison pour affranchir de la règle générale les constitutions dotales, qui sont de véritables aliénations, Montpellier, 1er juill. 1840, S. V., 40, 2, 314; Demolombe, 8, n. 738.]—De même, il sera probablement loisible à cette personne d'assurer à son conjoint, par le contrat de mariage, certains avantages pour le cas de la survie, Merlin, *Rép.*, v° *Prodigue*, § 5. V. aussi Toullier et Duranton. V. toutefois Delvincourt, sur les art. 499, 513. [C'est encore là une aliénation, et l'assistance du conseil est nécessaire, Caen, 19 mars 1839, S. V., 39, 2, 275; Amiens, 21 juill. 1852, S. V., 52, 2, 572. —Par la même raison, il ne peut constituer une rente viagère pour prix de services rendus, — *Contrà*, Paris, 12 déc. 1835, S. V., 36, 2, 17;... ni renoncer à une prescription, Troplong, *Prescript.*, n. 79.]

[16] La *ratihabitio ex post* qui vient plus tard de la part du conseil seul ne suffit pas, Delvincourt, sur l'art. 513; Duranton, 3, n. 807. [Il suit de là que, dans les actes judiciaires, le conseil doit agir simultanément avec le prodigue demandeur, et comme l'assistant; que si le prodigue est défendeur, le conseil doit être mis en cause, et que tous les actes doivent être signifiés à l'un et à l'autre. — Dans les actes extrajudiciaires, le consentement du prodigue doit être soutenu de celui de son conseil qui l'assiste soit de sa personne, soit de son consentement donné par acte séparé, mais qui doit être joint à l'acte principal, Toullier, 2, n. 1380 et 1382; Duranton, 3, n. 806; Demolombe, 8, n. 755 et s.—Il est du reste à remarquer que l'assistance du conseil doit être spéciale pour chaque affaire et pour chaque acte, et qu'elle ne pourrait être remplacée par une autorisation générale, ou même par une autorisation se rapportant à toutes les affaires d'un certain ordre, Cass., 3 déc 1850, S. V., 51, 1, 777. — D'où la conséquence que l'individu pourvu d'un conseil judiciaire ne peut pas être commerçant. Même arrêt, Demolombe, 8, n. 761; Massé, 3, n. 152. — Il ne pourrait non plus, même avec l'assistance de son conseil, contracter une société en nom col-

vient d'être question sont entachés de nullité [17], mais seulement d'une nullité relative [18], art. 1125; art. 502 et arg. art. 499, 513, 514.

Quant aux actes faits par le faible d'esprit ou par le prodigue, avant la nomination du conseil, ils ne peuvent pas être attaqués sous le prétexte que les causes qui ont motivé sa nomination existaient déjà à l'éqoque où ils ont été faits [19]. V. art. 503.

lectif qui lui imposerait des obligations indéfinies, *même arrêt*. — *Contrà*, Paris, 12 août 1848, S. V., 48, 2, 608. — Mais il pourrait avec cette assistance devenir associé commanditaire, ou prendre des actions dans une société anonyme.]

[17] Le principe que l'art. 502 applique expressément à l'interdit pour faiblesse d'esprit s'applique aussi, par parité de raison, à l'interdit pour cause de prodigalité, Merlin, *Quest.*, v° *Tableau des interd.* [L'art. 502 porte que tous actes passés sans l'assistance du conseil, postérieurement au jugement qui le nomme, sont nuls de droit. Cette nullité doit donc être prononcée sans qu'il soit nécessaire d'alléguer ou d'établir la lésion, Demolombe, 8, n. 769. — *Contrà*, Paris, 26 avril 1833, S. V., 33, 2, 286.]

[18] [C'est-à-dire qu'elle ne peut être proposée que par l'incapable, et non par ceux avec qui il a contracté, art. 1125.]

[19] V. les observations du Tribunat sur l'art. 503. V. aussi Toullier, 2, n. 1383. [L'art. 503, qui ne parle que de l'interdiction, ne doit pas être étendu au conseil judiciaire; la nomination d'un conseil judiciaire n'a donc pas d'effet rétroactif, Orléans, 25 août 1837, S. V., 38, 2, 66; Delvincourt, 1, p. 482; Toullier, *loc. cit.*; Duranton, 3, n. 781 ; Demolombe, 8, n. 770. — Quant aux actes passés pendant la litispendance, ils ne sont pas nécessairement nuls, mais ils peuvent être annulés pour cause de dol et de fraude de la part des tiers qui, connaissant la demande en nomination d'un conseil judiciaire, se sont empressés d'obtenir l'engagement du prodigue. V. Toullier, *loc cit.*, et Demolombe, *ibid.* — Sur la validité des actes sous seing privé ayant une date non certaine antérieure ou postérieure à la nomination du conseil, V. *sup.*, § 236, ce que nous avons dit en parlant de l'interdiction. — Le conseil judiciaire peut être responsable, selon les circonstances, des suites de son assistance ou de son refus d'assistance ; mais une action en responsabilité contre lui doit être difficilement accueillie, et seulement en cas de dol ou de faute tellement grave qu'elle pût être assimilée au dol. V. *sup.*, § 247, note 6.]

FIN DU PREMIER VOLUME.

TABLE DES MATIÈRES

CONTENUES

DANS LE PREMIER VOLUME.

SECTION III. — *Le Code de procédure civile.*

SECTION IV. — *Le Code de commerce.*

SECTION V. — *Le Code d'instruction criminelle et le Code pénal.*

CHAPITRE III. — DU DROIT CIVIL FRANÇAIS.

CHAPITRE IV. — DE LA FORCE OBLIGATOIRE DES LOIS CIVILES.

CHAPITRE V. — DE L'INTERPRÉTATION DES LOIS CIVILES.

LIVRE Ier. — DES PERSONNES.

INTRODUCTION.

TITRE Ier. — DE LA JOUISSANCE ET DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

(Articles 7 à 33.)

CHAPITRE Ier. — DE LA JOUISSANCE DES DROITS CIVILS.

SECTION Ire. — *De l'acquisition de l'état civil.*

SECTION II. — *Des droits attachés à l'état civil.*

CHAPITRE II. — DE LA PRIVATION DES DROITS CIVILS.

SECTION Ire. — *De la perte de l'état civil* sensu lato.

SECTION II. — *De la perte de l'état civil* sensu stricto.

SECTION III. — *Des cas dans lesquels une personne qui n'a pas perdu son état civil est cependant privée, soit pour un temps, soit pour toujours, de l'exercice de certains droits civils.*

TITRE II. — DES ACTES DE L'ÉTAT CIVIL.

(Articles 34 à 101.)

CHAPITRE Ier. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

CHAPITRE II. — DES ACTES DE NAISSANCE.

CHAPITRE III. — DES ACTES DE MARIAGE.

CHAPITRE IV. — DES ACTES DE DÉCÈS.

TITRE III. — DU DOMICILE.

(Articles 102 à 111.)

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier. — DU DOMICILE GÉNÉRAL.

CHAPITRE II. — DU DOMICILE SPÉCIAL, OU ÉLU.

TITRE IV. — DES ABSENTS.

(Articles 112 à 143.)

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier. — DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AUX BIENS DÉLAISSÉS PAR L'ABSENT.

SECTION Ire. — *De la présomption d'absence.*

SECTION II. — *De la déclaration d'absence.*

ARTICLE 1er. — *De la déclaration d'absence et de l'envoi en possession provisoire des biens de l'absent.*

ART. 2. — *De l'envoi en possession définitive.*

TITRE III. — DU DOMICILE.

(Articles 102 à 111.)

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier. — DU DOMICILE GÉNÉRAL.

CHAPITRE II. — DU DOMICILE SPÉCIAL, [illegible]

TITRE IV. — DES ABSENTS.

(Articles 112 à 143.)

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier. — DE L'ABSENCE RELATIVEMENT [illegible] PAR L'ABSENT. 8

SECTION Ire. — *De la présomption* [illegible] 30

SECTION II. — *De la déclaration* [illegible] . 245

CHAPITRE II. — DES DROITS QUI ADVIENNENT A L'ABSENT OU QUI S'OUVRENT A SON PROFIT.

CHAPITRE III. — DES EFFETS DE L'ABSENCE RELATIVEMENT AU MARIAGE ET A LA PUISSANCE PATERNELLE.

TITRE V. — DU MARIAGE.

(Articles 144 à 228.)

INTRODUCTION.

CHAPITRE Ier. — DES CONDITIONS ESSENTIELLES DU MARIAGE.

CHAPITRE II. — DES FORMALITÉS RELATIVES A LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

CHAPITRE III. — DES FIANÇAILLES OU PROMESSES DE MARIAGE.

CHAPITRE IV. — DES EMPÊCHEMENTS DE MARIAGE.

SECTION Ire. — *Notions générales.*

SECTION II. — *Des conséquences juridiques des empêchements avant la célébration du mariage.*

SECTION II. — *Des enfants naturels.*

SECTION III. — *Des enfants adultérins et incestueux.*

TITRE VIII. — DE L'ADOPTION ET DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

(Articles 343 à 370.)

CHAPITRE Ier. — DE L'ADOPTION.

PRÉLIMINAIRES.

SECTION Ire. — *De l'adoption de droit commun.*

SECTION II. — *De l'adoption privilégiée.*

CHAPITRE II. — DE LA TUTELLE OFFICIEUSE.

TITRE IX. — DE LA PUISSANCE PATERNELLE.

(Articles 371 à 387.)

TITRES X ET XI. — DE LA MINORITÉ ET DE LA MAJORITÉ, OU DES TUTEURS, CURATEURS ET CONSEILS.

(Articles 388 à 515.)

PRÉLIMINAIRES.

CHAPITRE Ier. — DE LA TUTELLE.

SECTION Ire. — *De la tutelle des mineurs.*

ARTICLE 1er. — *Notions générales.*

ARTICLE 2. — *Du conseil de famille.*

ARTICLE 3. — *Des différents modes de conférer la tutelle.*

FIN DE LA TABLE DU PREMIER VOLUME.

Typ. HENNUYER, Batignolles, Boulevard extérieur de Paris.

Typ. HENNUYER, Batignolles. Boulevard extérieur de Paris.